Soziales Recht ist deutsches Recht

Otto von Gierkes Theorie des sozialen Rechts untersucht
anhand seiner Stellungnahmen
zur deutschen und zur schweizerischen Privatrechtskodifikation.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

SUSANNE PFEIFFER-MUNZ
von Sulgen (TG)

1979
SCHULTHESS POLYGRAPHISCHER VERLAG AG
ZÜRICH

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548904_0006

Soziales Recht ist deutsches Recht

Otto von Gierkes Theorie des sozialen Rechts untersucht
anhand seiner Stellungnahmen
zur deutschen und zur schweizerischen Privatrechtskodifikation.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

SUSANNE PFEIFFER-MUNZ

von Sulgen (TG)

1979
SCHULTHESS POLYGRAPHISCHER VERLAG AG
ZÜRICH

Die Fakultät hat diese Arbeit am 24. November 1977 auf Antrag von Prof. Dr. P. Caroni als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Druck: Juris Druck Zürich
© Copyright by Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1979
ISBN 3 7255 1951 X

Vorwort

Angeregt wurde die Arbeit durch das rechtshistorische Seminar, welches von Herrn Prof. Dr. P. Caroni im Wintersemester 1971/72 abgehalten wurde. Nach meiner Lizentiatsprüfung im Sommer 1973 liess er mich dieses Thema als Dissertation bearbeiten. Jederzeit war er mir ein informierter, hilfreicher und geduldiger Gesprächspartner. Seiner Vermittlung verdankte ich zudem die Möglichkeit, am Rechtshistorischen Insitut der Universität Freiburg i.Br. arbeiten zu können, was eine unabdingbare Voraussetzung für die Beschäftigung mit diesem Thema war, denn nur eine deutsche Bibliothek bot die einschlägige Literatur in genügendem Umfang an. Herrn Prof. Dr. H. Thieme, der nicht zögerte, die in deutschen Verhältnissen unerfahrene schweizerische Lizentiatin als wissenschaftliche Hilfskraft einzustellen, bin ich zu grossem Dank verpflichtet. Im weiteren möchte ich mich bei Herrn Prof. Dr. C. Schott bedanken, der es mir zuerst in Freiburg und seit 1975 in Zürich ermöglichte, die Arbeit fertigzustellen. Ich danke ihm für seine grosszügige Hilfe und Förderung sowohl in zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht. Herr Prof. Dr. K.S. Bader gab mir den wertvollen Hinweis auf die Gierke-Briefe im Eugen-Huber-Nachlass des Bundesarchivs in Bern.
Die Drucklegung ermöglichte die Moser-Nef-Stiftung durch einen namhaften Beitrag.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis V
Quellen- und Literaturverzeichnis VIII
Abkürzungen XIX

1. Kapitel: Historische Grundlagen 1

I. Einleitung 1
II. Die historische Rechtsschule 1
1. Der Kodifikationsstreit 1
2. Savigny und die historische Rechtsschule 3
3. Der Schulenstreit 5
III. Pandektismus und Positivismus 6
IV. Gegenströmungen 8
1. Allgemein 8
2. Otto von Gierkes Theorie des sozialen Rechts 9
V. Die pandektistischen Kodifikationen 10
1. Das BGB von 1900 11
2. Das ZGB von 1912 12

2. Kapitel: Gierkes Kritik am BGB 14

I. Einleitung 14
II. Aufgabe des künftigen BGB 14
III. Der 1. Entwurf 15
1. Stellungnahme zum 1. Entwurf 15
2. Die Zukunft des 1. Entwurfs 17
IV. Der 2. Entwurf 18
1. Stellungnahme zum 2. Entwurf 18
2. Die Zukunft des 2. Entwurfs 20
3. Gierkes Meinung zur Gesetzesredaktion 20
V. Gierkes Haltung zum BGB 21

3. Kapitel: Theorie des sozialen Rechts 22

I. Bedeutung des sozialen Rechts 22
1. Soziales Recht im allgemeinen 22
2. Soziales Privatrecht 24
3. Soziales Recht und Sozialrecht 27
II. Historische Legitimation 28
1. Römisches Recht 28
2. Deutsches Recht 28

III. Legitimation durch die Gegenwartsprobleme ... 29
1. Theoretische Erkenntnisse ... 29
2. Praktische Betätigung ... 30
3. Auswirkungen auf die Rechtsordnung ... 31

4. Kapitel: Gleichstellung von deutschem und sozialem Recht ... 32
I. Die Grundgedanken des deutschen Rechts ... 32
1. Einleitung ... 32
2. Der ethische Charakter des deutschen Rechts ... 33
3. Die einzelnen ethischen Grundbegriffe ... 34
II. Das deutsche Recht nach heutigem Forschungsstand ... 35
1. Allgemein ... 35
2. Einzelne ethische Grundbegriffe ... 36
3. Schlussfolgerungen ... 39
III. Bedeutung für die Theorie des sozialen Rechts ... 40
1. Deutsches Recht und soziales Recht ... 40
2. Realitätsbezogenheit von Gierkes Rechtsververständnis ... 40

5. Kapitel: Soziales Privatrecht im BGB ... 42
I. Das BGB in der Gesamtrechtsordnung ... 42
II. System des BGB ... 44
III. Inhalt des BGB ... 45
1. Allgemeiner Teil ... 45
2. Schuldrecht ... 46
3. Sachenrecht ... 46
4. Familien- und Erbrecht ... 48
5. Schlussfolgerung ... 49

6. Kapitel: Die juristische Person ... 50
I. Historische Entwicklung ... 50
1. Einleitung ... 50
2. Die ältere Genossenschaft ... 50
3. Die jüngere Genossenschaft oder Körperschaft ... 51
4. Die Anstalt ... 52
5. Wirkung von Rezeption und Naturrecht ... 52
6. Die Entwicklung im 19. Jahrhundert ... 53
II. Gierkes Lehre der Verbandspersönlichkeit ... 54
1. Die juristische Person ... 54
2. Die rechtliche Stellung der juristischen Person ... 54
3. Arten von juristischen Personen des Privatrechts ... 55
4. Die Körperschaft ... 56
5. Die Stiftung ... 57

III. Bedeutung der juristischen Person für ein soziales Recht 58
1. Die Assoziationsbewegung 58
2. Das Unternehmen als Wirtschaftsorganismus 60
IV. Gierkes Kritik am Recht der juristischen Person der Entwürfe und des BGB 60
1. Der 1. Entwurf 60
2. Die Kritik Gierkes am 1. Entwurf 61
3. Die Fassung des 2. Entwurfs und des BGB 64
4. Gierkes Stellungnahme 65

7. Kapitel: Der Eigentumsbegriff 68
I. Historische Entwicklung 68
1. Eigentum im deutschen Recht 68
2. Entwicklung nach der Rezeption 69
3. Geteiltes Eigentum und Bodenbefreiung 69
II. Eigentumsbegriff und Pandektistik 71
1. Die Lehre 71
2. Der Eigentumsbegriff des BGB 72
III. Eigentum und soziales Recht 73
1. Gierkes Eigentumsbegriff 73
2. Eigentumsbeschränkungen mit besonderer Bedeutung für eine soziale Rechtsordnung 75
3. Gierkes Kritik am Eigentumsbegriff des BGB 77

8. Kapitel: Gierke und das ZGB 79
I. Einleitung 79
II. Briefwechsel Gierkes mit Eugen Huber 79
III. Äusserungen zum ZGB 81
1. Allgemein 81
2. Die einzelnen Abschnitte 81
3. Zusammenfassung 83

Schlussbemerkung 84

Quellen- und Literaturverzeichnis

*Benutzte Schriften Otto v. Gierkes**

Ungedruckte:

Briefe Otto v. Gierkes an Eugen Huber von 1892-1921, Bundesarchiv Bern, Nachlass Eugen Huber, (zit.: Brief und jeweiliges Datum).

Nachschrift einer Vorlesung über Deutsche Rechtsgeschichte vom SS 1891 in Berlin, Privatbesitz von Prof. Dr. H. Thieme, Freiburg/Brg. (zit.: Vorlesung).

Gedruckte:

Das deutsche Genossenschaftsrecht, Berlin, Bd. 1, 1868, Bd. 2, 1873, Bd. 3, 1881, Bd. 4, 1913, (zit.: Genossenschaftsrecht und jeweiliger Band).

Der Humor im deutschen Recht, Berlin 1871, (zit.: Humor, 2. Aufl. 1886).

Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, in: Z.f.d.ges.Staatswiss. 30 (1874) S. 153-198, 265-335, (zit.: Grundbegriffe des Staatsrechts, Neudruck, Aalen 1973).

Über Jugend und Altern des Rechts, in: Deutsche Rundschau 18 (1879) S. 205-232, (zit.: Jugend und Altern).

Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte 7, Breslau 1880, (zit.: Althusius, 3. verm. Aufl. Breslau 1913).

Naturrecht und Deutsches Recht, Rede zum Antritt des Rektorats der Universität Breslau am 15.10.1882, Frankfurt/M. 1883, (zit.: Naturrecht, Neudruck in: Drei kleine Abhandlungen, Aalen 1973).

* Vollständiges Verzeichnis bei U. Stutz, Zur Erinnerung an Otto v. Gierke, in: ZRG germ. 43 (1922) S. XLV-LXIII. Reihenfolge der Titel in diesem Verzeichnis nach Erscheinungsjahr, mehrbändige Titel nach Erscheinungsjahr des 1. Bandes. In Klammer die in dieser Arbeit gewählte Zitationsart sowie die benutzte Auflage, falls nicht die erste verwendet wurde.

Die Genossenschaftstehorie und die deutsche Rechtssprechung, Berlin 1887, (zit.: Genossenschaftstheorie, Reprograf. Nachdruck, Berlin/Hildesheim 1963).

An welche rechtliche Voraussetzung kann die freie Corporationsbildung geknüpft werden? in: Verhandlungen des 19. Deutschen Juristentags, Berlin/Leipzig 1888, Bd. 2, S. 259-311, Bd. 3, S. 220-234, 321-327, (zit.: 19. Juristentag und jeweiliger Band).

Die Stellung des künftigen BGB zum Erbrecht im ländlichen Grundbesitz, in: Schmollers JB für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft 12 (1888) S. 401-436, (zit.: BGB und Erbrecht).

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, in: Schmollers JB für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft 12 (1888) S. 1179-1265, 13 (1889) S. 183-322, 730-940, (zit.: Entwurf, veränderte und vermehrte Aufl. als Buch, Leipzig 1889).

Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe in dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Hg.v. E.J. Bekker und O. Fischer, 18. Heft, Berlin 1889, (zit.: Personengemeinschaften).

Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Vortrag vor der juristischen Gesellschaft in Wien, 5.4.1889, Berlin 1889, (zit.: Soziale Aufgabe, in: Deutsches Rechtsdenken, Hg. v. E. Wolf, Frankfurt/M. 1943).

Georg Beseler, in: ZRG germ. 10 (1899) S. 1-24, (zit.: Beseler).

Das deutsche Haus und der Entwurf eines BGB, in: 32. Jahresbericht über die Wirksamkeit der jurist. Gesellschaft zu Berlin (1890/91) S. 23-28, (zit.: Deutsches Haus).

Bodenbesitzverteilung und Sicherung des Kleingrundbesitzes, in: Schriften des Vereins für Sozialpolitik 58 (1893) S. 163-178, (zit.: Bodenbesitzverteilung).

Sind die Grundsätze des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches 2. Lesung über eingetragene Vereine zu billigen? in: Verhandlungen des 23. Deutschen Juristentages, Berlin 1895, Bd. 2, S. 14-22, (zit.: 23. Juristentag).

Deutsches Privatrecht, Bd. 1, Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895, Bd. 2, Sachenrecht, Leipzig 1905, Bd. 3, Schuldrecht, Leipzig/München 1917, (zit.: Deutsches Privatrecht und jeweiliger Band).

Diskussionsausführungen zu dem Vortrage Sohms: "Der Entwurf zu einem BGB für das Deutsche Reich", in: 37. Jahresbericht über die Wirksamkeit der jurist. Gesellschaft zu Berlin (1895/96) S. 29-33, (zit.: Diskussion zu Sohm).

Das Bürgerliche Gesetzbuch und der Deutsche Reichstag, Sonderdruck aus der Täglichen Rundschau, Berlin 1896, (zit.: Reichstag).

Empfiehlt sich die Einführung eines Heimstättenrechts, insbesondere zum Schutze des kleinen Grundbesitzes gegen Zwangsvollstreckung? in: DJZ 3 (1898) S. 354-356, (zit.: Heimstättenrecht).

Diskussionsbeiträge zu der Frage: Empfiehlt sich die Einführung eines Heimstättenrechts? in: Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages, Berlin 1898, Bd. 4, S. 177-183, (zit.: 24. Juristentag).

Vereine ohne Rechtsfähigkeit, in: Festgabe H. Dernburg zum 50. Doktorjubiläum, S. 1-38, Berlin 1900.

Das Wesen der menschlichen Verbände, Rede gehalten bei Antritt des Rektorats am 15.10.1902, Leipzig 1902, (zit.: Menschliche Verbände).

Die historische Rechtsschule und die Germanisten, Rede zur Gedächtnisfeier des Stifters der Berliner Universität, König Friedrich Wilhelm III. am 3.8.1903, Berlin 1903, (zit.: Historische Rechtsschule, Neudruck in: Drei kleine Abhandlungen, Aalen 1973).

Rezension: Max Schwabe, Die Körperschaft mit und ohne Persönlichkeit und ihr Verhältnis zur Gesellschaft, Basel 1904, in Zeitschr.f.d.ges.Handelsrecht 56 (1905) S. 615-618, (zit.: Rezension Max Schwabe).

Die Steinsche Städteordnung, Rede zur Feier des 50. Geburtstages seiner Majestät des Kaisers und Königs, 27.1.1909, Berlin 1909.

Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, AF 100, Breslau 1910, (zit.: Schuld und Haftung, Neudruck Aalen 1969).

Grundzüge des deutschen Privatrechts, Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 7., der Neubearbeitung 2. Aufl. Bd. 1, S. 175-302, München/Leipzig/Berlin 1913, (zit.: Grundzüge).

Über die Geschichte des Majoritätsprinzips, in: Schmollers JB für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft 39 (1915) S. 565-587, (zit.: Majoritätsprinzip).

Recht und Sittlichkeit, in: Logos, Internat. Zeitschrift f. Philosophie und Kultur 6 (1916/17) S. 211-264, (zit.: Unver. Nachdruck, Darmstadt 1963).

*Benutzte Literatur**

Ungedruckte:

Thieme Hans, Was bedeutet uns Otto v. Gierke? Manuskript eines Vortrags gehalten in Kiel, 12.5.1972, in Köln, 6.12.1973, (zit.: Gierke).

Gedruckte:

Benöhr Hans-Peter, Politik und Rechtstheorie: Die Kontroverse Thibaut-Savigny vor 160 Jahren, in: JuS 14 (1974) S. 681-684, (zit.: Politik).

Benöhr Hans-Peter, Erfolgshaftung nach dem Sachsenspiegel, in: ZRG germ. 92 (1975) S. 190-193, (zit.: Erfolgshaftung).

Benöhr Hans-Peter, Zur ausservertraglichen Haftung im Gemeinen Recht, in: Festschrift für M. Kaser 70, S. 689-713, München 1976.

Benöhr Hans-Peter, Wirtschaftsliberalismus und Gesetzgebung am Ende des 19. Jahrhunderts, in: Zeitschrift f. Arbeitsrecht 8 (1977) S. 187-218, (zit.: Wirtschaftsliberalismus).

Benöhr Hans-Peter, Die Grundlagen des BGB – Das Gutachten der Vorkommission von 1874, in: JuS 17 (1977) S. 79-82, (zit.: Grundlagen).

Böckenförde Ernst-Wolfgang, Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert, Schriften zur Verfassungsgeschichte Bd. 1, Berlin 1961.

Boehmer Gustav, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. II/1, Tübingen 1951, (zit.: Grundlagen).

Boehmer Gustav, Einführung in das bürgerliche Recht, 2. Aufl. Tübingen 1965, (zit.: Einführung).

Boese Franz, Geschichte des Vereins für Sozialpolitik 1872-1932, Berlin 1939.

Brauneder Wilhelm, Rezension: H.W. Strätz, Treu und Glauben, in: Mitteilungen des Instituts f. österreichische Geschichtsforschung 85 (1977) S. 187-189.

Burmeister Karl Heinz, Probleme der Weistumsforschung, in: Deutsche ländliche Rechtsquellen, Probleme und Wege der Weistumsforschung, Hg. v. P. Blickle, S. 74-86, Stuttgart 1977.

* Falls keine Verwechslungsgefahr besteht wird in dieser Arbeit nur der Verfasser zitiert, sonst der Verfasser und die in Klammer angegebene Zitationsart.

Caroni Pio, Savigny und die Kodifikation, Versuch einer Neudeutung des Berufes, in: ZRG germ. 86 (1969) S. 97-176, (zit.: Savigny).
Caroni Pio, Kodifikation, in: HRG 1, Sp. 907-922, Berlin 1971.
Caroni Pio, Anton Menger ed il Codice Civile Svizzero del 1907, in: Quaderni Fiorentini 3/4, S. 273-318, Milano 1974/75, (zit.: Menger).
Caroni Pio, Das "Demokratische Privatrecht" des Zivilgesetzbuches, in: Festgabe für H. Deschenaux, S. 37-62, Fribourg 1977, (zit.: Demokratisches Privatrecht).
Coing Helmut, Zur Eigentumslehre des Bartolus, in: ZRG rom. 70 (1953) S. 348-371, (zit.: Bartolus).
Coing Helmut, Der juristische Systembegriff bei Rudolph v. Jhering, in: Philosophie und Rechtswissenschaft, Hg. v. J. Blühdorn und J. Ritter, Studien zur Philosophie und Literatur des 19. Jahrhunderts Bd. 3, S. 149-171, Frankfurt/M. 1969, (zit.: Jhering).
Conrad Hermann, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, 2. Aufl. Karlsruhe 1962.
Damaschke Adolf, Die Bodenreform, 1. Aufl. 1902, (zit.: 10. durchgesehene u. erweiterte Aufl. Jena 1915).
Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches nebst drei Anlagen, Berlin 1896, (zit.: Denkschrift).
Dernburg Heinrich, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens, Bd. 1-5, 2. unver. Aufl. Halle 1902.
Dilcher Gerhard, Rezension: G. Köbler, Das Recht im frühen Mittelalter, in: ZRG germ. 90 (1973) S. 267-273, (zit.: Rezension).
Dilcher Gerhard, Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: Ein "Juristensozialismus" Otto v. Gierkes? in: Quaderni Fiorentini 3/4, S. 319-365, Milano 1974/75, (zit.: Juristensozialismus).
Dilcher Gerhard, Der rechtswissenschaftliche Positivismus, in: Archiv f. Rechts- und Sozialphilosophie 61 (1975) S. 479-526, (zit.: Positivismus).
Dilcher Gerhard, Gesetzgebung als Rechtserneuerung, in: Rechtsgeschichte als Kulturgeschichte, Festschrift für A. Erler 70, S. 13-36, Aalen 1976, (zit.: Gesetzgebung).
Entwurf eines BGB und eines zugehörigen Einführungsgesetzes. In der Fassung der Bundesratsvorlagen, auf amtl. Veranlassung, Berlin 1898, (zit.: Entwurf eines BGB).
Faust Helmut, Die Geschichte der Genossenschaftsbewegung, Ursprung und Wege der Genossenschaften im deutschen Sprachraum, Frankfurt/M. 1965.
Fehr Hans, Das Recht in der Dichtung, Bern 1939.
Gauye Oscar, Eugen Huber und das deutsche bürgerliche Gesetzbuch, in: ZSR 80 (1961) S. 63-79.
Gmür Rudolf, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bern 1965.
Graus František, Über die sogenannte germanische Treue, in: Historica 1 (1959) S. 71-121, (zit.: Germanische Treue).

Graus František, Herrschaft und Treue, in: Historica 12 (1966) S. 5-44.
Guhl Theodor, Eugen Huber 1849-1923, in: Schweizer Juristen der letzten 100 Jahre, S. 323-360, Zürich 1945.
Hagemann Hans-Rudolf, Eigentum, in: HRG 1, Sp. 882-896, Berlin 1971.
Hattenhauer Hans, Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften, mit einer Einführung, München 1973.
Hattenhauer Hans, Freiheit und Pflicht in der Geschichte des Bodeneigentums, in: Die neue Ordnung, Heft 4 (1975) S. 254-265, (zit.: Freiheit und Pflicht).
Hedemann Justus Wilhelm, Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert Bd. 1, Berlin 1910, Bd. II/1, Berlin 1930.
Heuss Theodor, Friedrich Naumann, der Mann, das Werk, die Zeit, Stuttgart/Berlin 1937.
Huber Eugen, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Basel, Bd. 1, 1886, Bd. 2, 1888, Bd. 3, 1889, Bd. 4, 1893.
Huber Eugen, Deutsches Privatrecht, in: Schmollers JB für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft 20 (1896) S. 93-149.
Huber Eugen, Über soziale Gesinnung, in: Politisches JB d. Schweiz. Eidgenossenschaft 26 (1912) S. 65-133, (zit.: Soziale Gesinnung).
Janssen Albert, Otto von Gierkes Methode der geschichtlichen Rechtswissenschaft, Göttinger Studien zur Rechtsgeschichte Bd. 8, Göttingen/Frankfurt/Zürich 1974, (zit.: Janssen).
Janssen Albert, Otto von Gierkes sozialer Eigentumsbegriff, in: Quaderni Fiorentini 5/6, S. 549-585, Milano 1976/77, (zit.: Eigentumsbegriff).
Jobs Wilhelm, Otto v. Gierke und das moderne Arbeitsrecht, Diss./Frankfurt/M. 1968.
Kästner Karl, Anton Menger (1841-1906) Leben und Werk, Diss./Tübingen 1974.
Kaiser Andreas, Zum Verhältnis von Vertragsfreiheit und Gesellschaftsordnung während des 19. Jahrhunderts, Diss./Berlin 1972.
Kaufmann Ekkehard, Die Erfolgshaftung, Frankfurter Wissenschaftliche Beiträge, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Reihe 16, Frankfurt/M. 1958.
Kaufmann Ekkehard, Billigkeit, in: HRG 1, Sp. 431-437, Berlin 1971.
Kaufmann Ekkehard, Körperschaft, in: HRG 2, Sp. 1147-1155, Berlin 1978.
Kern Fritz, Recht und Verfassung im Mittelalter, in: HZ 120 (1919) S. 1-79. Neudruck als selbständige Schrift der Wissenschaftlichen Buchgemeinschaft Darmstadt 1. Aufl. 1952, 2. Aufl. 1965.
Kiefner Hans, Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jh., in: Philosophie und Rechtswissenschaft, Hg. v. J. Blühdorn und J. Ritter, Studien zur Philosophie und Literatur des 19. Jahrhunderts Bd. 3, S. 3-26, Frankfurt/M. 1969.
Kleinheyer Gerd/Schröder Jan (Hg.), Deutsche Juristen in fünf Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Rechtswissenschaft, Karlsruhe/Heidelberg 1976.

Köbler Gerhard, Das Recht im frühen Mittelalter, Forschungen zur deutschen Rechtsgeschichte Bd. 7, Köln/Wien 1971.
Kohler Josef, Eugen Huber und das Schweizer Zivilgesetzbuch, in: Rhein.Z. 5 (1912) S. 1 ff.
Koschaker Paul, Europa und das römische Recht, 4. unver. Aufl. München/Berlin 1966.
Krause Hermann, Der deutschrechtliche Anteil an der heutigen Privatrechtsordnung, in: JuS 10 (1970) S. 313-321.
Kroeschell Karl, Recht und Rechtsbegriff, in: Vorträge und Forschungen Bd. 12, S. 309-336, Konstanz/Stuttgart 1968, (zit.: Recht).
Kroeschell Karl, Die Treue in der deutschen Rechtsgeschichte, in: A Giuseppe Ermini, S. 465-489, Centro Italiano di studi sull' alto medioevo, Spoleto 1970, (zit.: Treue).
Kroeschell Karl, Zur Lehre vom "germanischen Eigentumsbegriff", in: Festschrift für H. Thieme 70, S. 34-71, Wien 1977.
Krupa Hans, Otto v. Gierke und die Probleme der Rechtsphilosophie, Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte NF 150, Breslau 1940.
Kuntschke H., Kritik Otto v. Gierkes am BGB, in: Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa, 1848-1944, Hg. v. A. Csizmadia und K. Kovacs, S. 153-164, Budapest 1970.
Laband Paul, Kodifikation des bürgerlichen Rechts der Schweiz, in: DJZ 2 (1897) S. 132-136.
Laband Paul, Das schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, in: DJZ 13 (1908) S. 833-839.
Landsberg Ernst, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, Bd. III/2, München/Berlin 1910.
Larenz Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. völlig neu bearb. Aufl. Berlin/Heidelberg/New York 1975.
Laufs Adolf, Genossenschaftsdoktrin und Genossenschaftsgesetzgebung von 100 Jahren, in: JuS 8 (1968) S. 311-315, (zit.: Genossenschaft).
Laufs Adolf, Die Begründung der Reichskompetenz für das gesamte bürgerliche Recht, in: JuS 13 (1973) S. 740-744, (zit.: Reichskompetenz).
Lieberwirth Rolf, Eugen Huber und sein Wirken an der Universität Halle-Wittenberg, in: Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa 1848-1944, Hg. v. A. Csizmadia und K. Kovacs, S. 77-83, Budapest 1970.
Liver Peter/Merz Hans, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Entstehung und Bewährung, in: ZSR 81 (1962) S. 9-50.
Liver Peter, Berner-Kommentar, Einleitungsband, Allgemeine Einleitung, Bern 1962.
Menger Anton, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 3. Aufl. Tübingen 1904.

Merk Walter, Der Gedanke des gemeinen Besten in der deutschen Staats- und Rechtsentwicklung, Weimar 1934.
Merk Walter, Das Eigentum im Wandel der Zeiten, Pädagogisches Magazin Nr. 1388, Langensalza 1934, (zit.: Eigentum).
Merk Walter, Wachstum und Schöpfung im germanischen Recht, in: Festschrift für E. Jung 70, S. 127-175, Marburg 1937.
Mikat Paul, Erfolgshaftung und Schuldgedanke im Strafrecht der Angelsachsen, in: Festschrift für H. v. Weber, S. 9-31, Bonn 1963.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 5 Bände und Register, amtl. Ausgabe, Berlin/Leipzig 1888, (zit.: Motive).
Müller Eckhart, Anton Mengers Rechts- und Gesellschaftssystem, Münchner Universitätsschriften, Jur. Fakultät, Abh. zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung Bd. 19, Berlin 1975.
Müller Georg, Otto v. Gierke, 11.1.1841-10.10.1921. Zum Gedächtnis deutschrechtlicher Heldenzeit, in: Archiv f. Urheber-, Film- und Theaterrecht 14 (1941) S. 1-53.
Mundt Hans Werner, Sozialpolitische Wertungen als methodischer Ansatz in Gierkes privatrechtlichen Schriften, Diss./Frankfurt/M. 1976.
Nehlsen Hermann, Sklavenrecht zwischen Antike und Mittelalter, Göttinger Studien zur Rechtsgeschichte Bd. 7, Göttingen 1972.
Ogris Werner, Dominium, in: HRG 1, Sp. 755-757, Berlin 1971.
Osenbrüggen Eduard, Der ethische Faktor im altdeutschen Recht, Studien zur deutschen und schweizerischen Rechtsgeschichte Abh. 1, Schaffhausen 1868.
Oser Hugo, Das sociale Problem im Entwurf des schweizerischen Civilgesetzbuches, in: Schweiz. Rundschau 2 (1901/02) S. 89-109, (zit.: Sociales Problem).
Oser Hugo, Zürcher Kommentar Bd. V, OR 1-183, Zürich 1929.
Peter Hans, Wandlungen der Eigentumsordnung und der Eigentumslehre seit dem 19. Jahrhundert, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft NF 160, 1949, (zit.: Eigentum).
Peter Hans, Vom Einfluss der deutschen Zivilrechtswissenschaft auf die Schweiz, in: Festschrift für K.S. Bader 60, S. 321-342, Zürich/Köln/Graz 1965, (zit.: Einfluss).
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes eines BGB, 6 Bände und Register Berlin 1899, (zit.: Protokolle).
Ramm Thilo, Juristensozialismus in Deutschland, in: Quaderni Fiorentini Bd. 3/4, S. 3-23, Milano 1974/75.
Reich Norbert, Der Juristensozialismus von Anton Menger (1841-1906) im 19. Jahrhundert und heute, in: Quaderni Fiorentini Bd. 3/4, S. 157-182, Milano 1974/75.
Reichstagskommission, Bericht über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und Einführungsgesetzes nebst einer Zusammenstellung der Kommissionsbeschlüsse, Berlin 1896, (zit.: Reichstagskommission).

Rümelin Max, Der Vorentwurf zu einem Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Leipzig 1901.
Rümelin Max, Das neue Schweizerische Zivilgesetzbuch und seine Bedeutung für uns, Tübingen 1908.
Rümelin Max, Eugen Huber, Rede gehalten bei der akademischen Preisverleihung am 6.11.1923, Tübingen 1923.
Savigny Friedrich Carl v., Über den Zweck dieser Zeitschrift, Einleitungsaufsatz der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 1 (1814).
Savigny Friedrich Carl v., Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3. Aufl. Heidelberg 1840, (zit.: Beruf).
Schlesinger Walter, Randbemerkungen zu drei Aufsätzen über Sippe, Gefolgschaft und Treue, in: Festschrift für O. Brunner, S. 11-59, Göttingen 1963, auch in: Beiträge zur deutschen Verfassungsgeschichte I, S. 286-334, Göttingen 1963.
Schmoller Gustav, Einleitungsworte an den Verhandlungen des Vereins für Sozialpolitik von 1893, in: Veröffentlichungen des Vereins für Sozialpolitik 58 (1893) S. 2-5.
Schott Clausdieter, Der Stand der Leges-Forschung, erscheint demnächst in: Frühmittelalterliche Studien, JB d. Inst. f. Frühmittelalterforschung d. Universität Münster. Benutzt wurde das Manuskript dieses Aufsatzes.
See Klaus v., Altnordische Rechtswörter, Tübingen 1964.
Soergel-Siebert, Kommentar zum BGB, 10. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, Bd. 1, 1967, Bd. 4, 1968.
Sohm Rudolph, Über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich in zweiter Lesung, in: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts Bd. 39, Berlin 1896.
Sontis Johannes, Strukturelle Betrachtungen zum Eigentumsbegriff, in: Festschrift für K. Larenz 70, S. 981-1002, München 1973.
Spellenberg Ulrich, Vom liberalen zum sozialen Privatrecht? in: Kritik 5, Recht im sozialen Rechtsstaat, Hg. v. M. Rehbinder, S. 23-67, Opladen 1973.
Stolleis Michael, Gemeinwohlformen im nationalsozialistischen Recht, Münchner Universitätschriften, Jur. Fakultät. Abh. zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung Bd. 15, Berlin 1974.
Stradal H., Genossenschaft, in: HRG 1, Sp. 1522-1527, Berlin 1971.
Strätz Hans-Wolfgang, Treu und Glauben, Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft NF 15, Paderborn 1974.
Thibaut Anton Friedrich Justus, Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Heidelberg 1814.
Thieme Hans, Aus der Vorgeschichte des BGB, in: DJZ 39 (1934) S. 968-971, (zit.: Vorgeschichte).
Thieme Hans, Die Zeit des späten Naturrechts. Eine privatrechtsgeschichtliche Studie, in: ZRG germ. 56 (1936) S. 202-263, (zit.: Naturrecht).

Thieme Hans, Die preussische Kodifikation. Privatrechtsgeschichtliche Studien II, in: ZRG germ. 57 (1937) S. 355-428, (zit.: Preussische Kodifikation).
Thieme Hans, Savigny und das deutsche Recht, in: ZRG germ. 80 (1963) S. 1-26, (zit.: Savigny).
Thieme Hans, Deutsches Recht, in: HRG 1, Sp. 709-712, Berlin 1971.
Thieme Hans, Gemeines Recht, in:HRG 1, Sp. 1506-1510, Berlin 1971.
Thieme Hans, Historische Rechtsschule, in: HRG 2, Sp. 170-172, Berlin 1978.
Vierhaus F., Die Entstehungsgeschichte des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Hg. v. E.J. Bekker und O. Fischer, 1. Heft, Berlin/Leipzig 1888.
Vormbaum Thomas, Die Rechtsfähigkeit der Vereine im 19. Jahrhundert, Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatsgeschichte, Heft 21, Berlin/New York 1976.
Waag Albert (Hg.), Kleine deutsche Gedichte des 11. und 12. Jh., in: Altdeutsche Textbibliothek Nr. 10, 2. umgearb. Aufl. Halle 1916.
Weber Max, "Römisches" Recht und "Deutsches" Recht, in: Die christliche Welt 9 (1895) S. 521-525.
Weber Max, Rechtssoziologie, Herausgegeben und eingeleitet von Johannes Winkelmann, Neuwied 1960.
Weyl, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch und das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, in: Archiv f. bürgerl. Recht 32 (1908) S. 269-323.
Wieacker Franz, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Jurist. Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 3, 1953 (zit.: Sozialmodell, in: Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, S. 9-35, Frankfurt/M. 1974).
Wieacker Franz, Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee, in: Festschrift für G. Boehmer, S. 34-50, Bonn 1954, (zit.: Kodifikationsidee).
Wieacker Franz, Gründer und Bewahrer, Rechtslehrer der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte, Göttingen 1959.
Wieacker Franz, Entwicklungsstufen des römischen Eigentums, in: Vom römischen Recht, S. 187-212, 2. neu bearb. Aufl. Stuttgart 1961, (zit.: Eigentum).
Wieacker Franz, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. Göttingen 1967, (zit.: Privatrechtsgeschichte).
Wieacker Franz, Der Kampf des 19. Jahrhunderts um die Nationalgesetzbücher, in: Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, S. 79-93, Frankfurt/M. 1974, (zit.: Nationalgesetzbücher).
Wieacker Franz, Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution, in: Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, S. 55-78, Frankfurt/M. 1974, (zit.: Pandektenwissenschaft).
Wiegand Wolfgang, Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung: Der abstrakte Eigentumsbegriff, in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jh., Hg. v. H. Coing u. W. Wilhelm, Bd. 3, S. 118-155, Frankfurt/M. 1976.

Wilhelm Walter, Die juristische Methodenlehre im 19. Jahrhundert, Frankfurter Wissenschaftl. Beiträge, Rechts- und Staatswissenschaftl. Reihe Bd. 14, Frankfurt/M. 1958, (zit.: Methodenlehre).

Wilhelm Walter, Savignys überpositive Systematik, in: Philosophie und Rechtswissenschaft, Hg. v. J. Blühdorn und J. Ritter, Studien zur Philosophie und Literatur des 19. Jahrhunderts Bd. 3, S. 123-136, Frankfurt/M. 1969, (zit.: Savigny).

Willoweit Dietmar, Dominium und Proprietas. Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechtswissenschaft, in: Hist. JB 94 (1974) S. 131-156.

Windscheid Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, Frankfurt/M., 7. Aufl. 1891, 9. Aufl. 1906.

Windscheid Bernhard, Die Aufgaben der Rechtswissenschaft, Rektoratsrede, Leipzig 31.10.1884, in: Gesammelte Reden u. Abhandlungen, Hg. v. P. Oertmann, S. 100-116, Leipzig 1904.

Wolf Eric, Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4. Aufl. Tübingen 1963.

Zusammenstellung der gutachtlichen Äusserungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, gefertigt vom Reichsjustizamt, 6 Bände, Berlin 1890, (zit.: Zusammenstellung und jeweiliger Band, Neudruck Osnabrück 1967).

Abkürzungen

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
Hg. v.	Herausgegeben von
HRG	Handwörterbuch für Rechtsgeschichte
HZ	Historische Zeitschrift
JB	Jahrbuch
JuS	Juristische Schulung
OR	Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911
Sp.	Spalte
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZRG germ.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germanistische Abteilung
ZRG rom.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

1. Kapitel: Historische Grundlagen

I. Einleitung

Unser heute geltendes Zivilrecht ist in seiner dogmatischen Ausgestaltung nur dann verständlich, wenn man sich dreier geistesgeschichtlicher Tatsachen bewusst ist[1].

Die erste ist die im Laufe des Spätmittelalters erfolgte Rezeption des römischen Rechts in Mitteleuropa. Rezipiert wurde nicht das klassische römische Recht, sondern das europäische jus commune[2], nämlich das Corpus Juris Civilis in seiner durch Glossatoren und Postglossatoren bearbeiteten Form[3].

Als zweite ist die gewaltige Geistesströmung der Aufklärung, die im 16. Jahrhundert beginnt, zu bezeichnen. Sie erstrebte die Lösung des Individuums aus seiner mittelalterlichen Gebundenheit. Auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft bewirkte sie das Entstehen des Naturrechts, welches während ungefähr 200 Jahren, von Grotius[4] bis Savigny[5] das juristische Denken in Europa geprägt hat[6].

Die dritte ist die auch als romantische Reaktion auf Aufklärung und Naturrecht entstandene historische Bewegung in der Geistesgeschichte. Auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft wurde die historische Rechtsschule[7] für die Rechtsentwicklung des 19. und des 20. Jahrhunderts richtungweisend[8].

II. Die historische Rechtsschule

1. Der Kodifikationsstreit

Der eigentliche Durchbruch der historischen Rechtsschule steht im Zusammenhang mit dem Kodifikationsstreit[9] zwischen Thibaut[10] und Savigny. Er fand bezeichnen-

1 Zum Folgenden: Boehmer, Einführung S. 56 ff.
2 Thieme, Gemeines Recht, in: HRG 1, Sp. 1506-1510.
3 Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 133 ff.
4 Zu Hugo Grotius vgl. Wolf S. 253-310.
5 Zu Friedrich Carl v. Savigny vgl. Wolf S. 467-542; Wieacker, Gründer und Bewahrer S. 107-143; Kleinheyer-Schröder S. 230-236.
6 Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 249 ff.
7 Thieme, Historische Rechtsschule, in: HRG 2, Sp. 170-172.
8 Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 348 ff.
9 Begriff der Kodifikation vgl. Caroni, Kodifikation, in: HRG 1, Sp. 907-922; Wieacker, Kodifikationsidee S. 34 ff.; Weber, Rechtssoziologie S. 300 ff.
10 Zu Anton Friedrich Justus Thibaut vgl. Landsberg III/2, S. 69-88; Kleinheyer-Schröder S. 287-290.

derweise nach dem Ende der napoleonischen Ära statt. An die Stelle des aufgelösten Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation traten viele Einzelfürstentümer. Mit der Auflösung des Reiches war der Geltungsgrund des römischen Rechts dahingefallen und somit auch die Rechtskontinuität in Deutschland aufgehoben[11]. Die Ursache für die Vereitelung einer gesamtdeutschen Kodifikation zu dieser Zeit ist jedoch nicht im professoralen Kodifikationsstreit, sondern in der allgemeinen politischen Lage zu suchen[12].

Thibaut fordert in seiner Schrift "Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland"[13] eine gesamtdeutsche Kodifikation, die wenigstens eine ideelle und geistige Einheit Deutschlands hervorbringen soll, nachdem eine politische Einigung gescheitert ist[14]. Aus seiner Schrift spricht eine von Aufklärung und Naturrecht geprägte demokratische Auffassung, die ihn eine gesamtdeutsche Kodifikation nicht nur aus rechtswissenschaftlichen, sondern auch aus politischen Gründen fordern lässt[15]. Die rechtswissenschaftliche Begründung für die Notwendigkeit einer Kodifikation stützt er auf zwei verschiedene Feststellungen.

Als materielle Begründung führt er an, dass die geltenden Partikularrechte den Anforderungen, welche die Gegenwart an die Rechtsordnung stellt, nicht mehr genügen. Daher müssen sie durch eine neue, den Bedürfnissen der Zeit angepasste Kodifikation ersetzt werden. Die zweite, formelle Begründung sieht er in der Tatsache, dass die durch die Rechtszersplitterung bewirkte Rechtsunsicherheit nur durch eine Kodifikation beseitigt werden kann[16].

Savigny, der sich gegen Thibauts Kodifikationspostulat wendet, beurteilt die Lage dagegen vom Standpunkt des konservativen, noch im alten Reich verwurzelten Aristokraten, der sich mit der einsetzenden Restauration identifiziert[17]. In seiner Streitschrift "Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft"[18] begründet er die Ablehnung von Thibauts Kodifikationsforderung.

Dem materiellen Postulat nach Erneuerung des Rechts durch eine Kodifikation setzt er die Volksgeistlehre entgegen[19], aus der hervorgeht, dass das Recht geschichtlich geworden ist und nicht erst durch Gesetz geschaffen werden kann[20]. Im Sinne der

11 Hattenhauer, Thibaut und Savigny S. 33 ff.; Benöhr, Politik S. 681 ff.

12 Wieacker, Nationalgesetzbücher S. 86 ff.

13 Heidelberg 1814.

14 Thibaut S. 68.

15 Wieacker, Nationalgesetzbücher S. 85; ders., Privatrechtsgeschichte S. 390 f.; Hattenhauer, Thibaut und Savigny S. 43.

16 Caroni, Savigny S. 120 ff.

17 Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 395 f.; ders., Kodifikationsidee S. 43 f.; ders., Nationalgesetzbücher S. 87; Hattenhauer, Thibaut und Savigny S. 46.

18 Heidelberg 1814. Savigny vertritt jedoch seine grundlegenden Ideen nicht erst im "Beruf". Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 386, 388; ders., Gründer und Bewahrer S. 131; Caroni, Savigny S. 128 ff., 171; Wilhelm, Savigny S. 123.

19 Savigny, Beruf S. 8 ff.; ders., Einleitungsaufsatz S. 3.

20 Caroni, Savigny S. 141; Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 391.

historischen Rechtsschule könnte eine Kodifikation nur die Aufzeichnung des bereits bestehenden, historisch gewordenen Rechts sein. Diese Auffassung der Kodifikation steht im Gegensatz zur naturrechtlichen Kodifikationsidee[21].

Auch dem formellen Postulat Thibauts auf Beseitigung der Rechtszersplitterung durch eine Kodifikation steht Savigny ablehnend gegenüber, selbst wenn gemäss der Volksgeistlehre lediglich das historisch gewordene Recht aufgezeichnet würde. Er erkennt, dass die Kodifikation des Privatrechts die Festsetzung eines neuen Rechtsquellensystems bedeutet[22]. Nach seiner Meinung sind jedoch die mangelhaften Rechtszustände in Deutschland gar nicht auf Mängel des Rechtsquellensystems zurückzuführen, sondern auf dessen ungenügende und falsche wissenschaftliche Bearbeitung. Durch eine streng wissenschaftliche Bearbeitung des positiven Rechts kann das gemeinrechtliche Rechtsquellensystem nach seiner Ansicht für die Gegenwart durchaus wieder brauchbar gemacht werden. Wissenschaftliche Methode bedeutet für Savigny historische und philosophische Bearbeitung, wobei philosophisch für die Rechtswissenschaft mit systematisch gleichzusetzen ist[23]. Unter historischer Bearbeitung versteht er die Verfolgung jeden Stoffes bis zur Wurzel. Jede Kodifikation verhindert eine derartige wissenschaftliche Bearbeitung des positiven Rechts[24].

Savigny lehnte das Rechtsquellensystem der Kodifikation nicht deswegen ab, weil sich dieses mit der Volksgeistlehre nicht vertragen hätte, sondern weil es sich mit seinem wissenschaftlichen Ideal nicht vertrug. Er sprach sich gegen das Kodifikationsprinzip an und für sich aus.

Das zentrale Dogma der historischen Rechtsschule war aber nicht die Ablehnung des Rechtsquellensystems der Kodifikation, sondern die neue Rechtsentstehungslehre[25].

2. Savigny und die historische Rechtsschule

Gemäss dem Programm der historischen Rechtsschule, das sich ganz allgemein "im Verständnis der Gegenwart als geschichtlich Gewordenes ausdrückte"[26], hätten die

21 Caroni, Savigny S. 142; Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 322 ff.; Thieme, Preussische Kodifikation S. 357 ff.; ders., Naturrecht S. 229 ff.; ders., Savigny S. 331.

22 Caroni, Savigny S. 145, 172.

23 Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 384; ders., Gründer und Bewahrer S. 131, 136 ff.; Caroni, Savigny S. 114, 118 f.; Wilhelm, Methodenlehre S. 26 f.; ders., Savigny S. 123 f.; Larenz S. 11.

24 Gierke, Historische Rechtsschule S. 10 Anm. 19; Wieacker, Gründer und Bewahrer S. 112; Caroni, Savigny S. 108, 114, 163; ders., Kodifikation, in: HRG 1, Sp. 917; Dilcher, Positivismus S. 505, versteht hingegen historisch "als empirisch, als positiv im Sinne sozialer Realität".

25 Caroni, Savigny S. 143 ff.

26 Ebd. S. 114.

beiden Komponenten des geltenden gemeinen Rechts, das rezipierte römische Recht sowie das überkommene deutsche Recht vor allem Gegenstand der Forschung sein müssen[27].

Savigny forderte seinem wissenschaftlichen Ideal entsprechend die Verfolgung jeden Stoffes bis zu seiner Wurzel, identifizierte diese jedoch, entgegen dem Grundgedanken der historischen Rechtsschule, ausschliesslich mit dem klassischen römischen Recht[28].

Diese nahezu "monomane Fixierung"[29] auf das klassische römische Recht führte dazu, das geltende Recht lediglich als dessen mehr oder weniger wertlose Umgestaltung zu betrachten[30]. Die extreme Hinwendung zum römischen Recht bewirkte ausserdem eine Beschränkung der historischen Forschung auf das Zivil- und Zivilprozessrecht, da besonders diese Gebiete im Corpus Juris vertreten sind[31]. Statt die eigentlichen Ziele der historischen Rechtsschule zu verfolgen, nämlich die Erkenntnisse der entwicklungsgeschichtlichen Hintergründe des geltenden Rechts zu fördern, betrieb man im wesentlichen antiquarische Studien an Einzelheiten[32].

Erst im zweiten Drittel des 19. Jahrhunderts wandte man sich allmählich von den antiquarischen Forschungen ab und den Bedürfnissen der Gegenwart zu. Als Bedürfnis der Gegenwart erkannte man nun die von Savigny bereits früh geforderte Systematisierung des Rechtsstoffes[33]. Savigny und vor allem sein Schüler Puchta[34] setzten sich folgerichtig für die Systematisierung des Zivilrechts ein[35]. Diese erfolgte gemäss dem ihrer Ansicht nach den klassischen römischen Quellen entsprechenden System, dem Pandektensystem[36]. Die Hinwendung zur Systematisierung ging letztlich mit der Hinwendung zum rechtswissenschaftlichen Positivismus Hand in Hand, was eine folgenschwere Umdeutung des eigentlichen Anliegens der historischen Rechtsschule nach sich gezogen hat[37].

27 Wolf S. 498.

28 Savigny, Beruf S. 119, 140; Gierke, Historische Rechtsschule S. 14 ff.; Koschaker S. 261, 270; Boehmer, Einführung S. 58; Caroni, Savigny S. 111, 163; Wilhelm, Savigny S. 32.

29 Thieme, Savigny S. 24.

30 Caroni, Savigny S. 115.

31 Koschaker S. 269.

32 Boehmer, Grundlagen II/1, S. 70; Wilhelm, Methodenlehre S. 28 ff.

33 Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 370; Wilhelm, Savigny S. 123; ders., Methodenlehre S. 44 ff.; Caroni, Savigny S. 111.

34 Zu Georg Friedrich Puchta vgl. Landsberg III/2, S. 439-461; Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 399 ff.; Kleinheyer-Schröder S. 206-209.

35 Gierke, Historische Rechtsschule S. 17; Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 397; Boehmer, Grundlagen II/1, S. 70; Caroni, Savigny S. 118.

36 Entstehung und Herkunft des Pandektensystems vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 321, 373 Anm. 87; ders., Sozialmodell S. 11; Larenz S. 20.

37 Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 411; Boehmer, Grundlagen II/1, S. 71; Dilcher, Positivismus S. 512.

3. Der Schulenstreit

Im "Beruf" anerkannte Savigny drei gleichberechtigte Teile der Rechtswissenschaft: Das römische Recht, das deutsche Recht und das gemeine Recht, die durch die Verschmelzung der beiden Rechte entstandene Modifikation[38]. Aber wegen des oben geschilderten "geschichtswidrigen" Anspruchs auf die Vorrangigkeit des römischen Rechts war der Bruch mit den wissenschaftlichen Vertretern der Germanistik unvermeidlich. Die Auseinandersetzung wurde unumgänglich, sobald sich diese nicht mehr entweder mit der blossen, romantisch gefärbten Sammlung von deutschen Rechtsquellen oder mit der Bearbeitung von Bereichen der Rechtsordnung, welche die Romanistik vernachlässigte, begnügten, sondern die Forderung nach Berücksichtigung für das gesamte Rechtsleben der Gegenwart erhoben[39]. Die historische Rechtsschule hatte "nicht nur die Geschichtlichkeit des Rechts, sondern in seiner Geschichtlichkeit zugleich auch seine vitale gesellschaftliche Existenz entdecken lernen"[40].

Erst der bedeutendste Vertreter der "neuen" Germanistik, Georg Beseler[41], hat diese Erkenntnis auch verwertet. Er verzichtete zwar keineswegs auf historische Untersuchung des Rechts, forderte jedoch zugleich die Berücksichtigung der in der Gegenwart lebendigen Rechtsanschauungen[42]. Folgerichtig verbündete sich unter seiner Führung die Germanistik mit der nationaldemokratischen Bewegung und setzte sich für eine volkstümliche Kodifikation ein, die das weltfremde und abstrakte Gelehrtenrecht der Romanistik[43] durch ein den Problemen der Gegenwart entsprechendes Volksrecht ersetzen sollte[44]. Zum ersten Mal wurde hier wieder die "tatkräftige Forderung nach Integration des Rechts und der Juristen in die politische Gesellschaft der Gegenwart" laut[45].

38 Savigny, Beruf S. 118.

39 Gierke, Historische Rechtsschule S. 12 f.; Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 403 ff.; ders., Gründer und Bewahrer S. 109.

40 Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 407.

41 Zu Georg Beseler vgl. Landsberg III/2, S. 507-519; Gierke, Beseler S. 1 ff.; Kleinheyer-Schröder S. 29-32.

42 Gierke, Historische Rechtsschule S. 22; Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 408; ders., Nationalgesetzbücher S. 88 f.

43 Koschaker S. 257.

44 Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 410; ders., Kodifikationsidee S. 44.

45 Ders., Nationalgesetzbücher S. 89.

III. Pandektismus und Positivismus

Unter der Führung des romanistischen Zweiges der historischen Rechtsschule sah die Rechtswissenschaft ihre Aufgabe mehr und mehr in der blossen Systematisierung des Privatrechts. Die Rechtswissenschaft wurde zur Pandektenwissenschaft degradiert[46]. Grundlage dieser Entwicklung war der rechtswissenschaftliche Positivismus. Die Rechtsanschauung des Positivismus und daher auch der Pandektenwissenschaft lehnte es ab, "ausserjuristische Elemente" zu berücksichtigen. Die Rechtssätze und deren Anwendung sollten sich allein aus der Rechtsordnung und ihrem System ergeben. Das Recht hat nur seinen eigenen und nicht etwa wirtschaftlichen, sozialen, sittlichen oder religiösen Interessen zu dienen, denn "ethische, politische und volkswirtschaftliche Erwägungen ... sind nicht Sache des Juristen als solchen"[47].

Diese Rechtsanschauung ist grundsätzlich schon im Werk Savignys angelegt. Er übernimmt die formale Freiheitsethik Kants[48]. Danach ist das richtige Recht diejenige Regel, die dem Einzelnen die grösstmögliche Freiheit gibt, ohne dass die Freiheit der anderen dadurch eingeschränkt wird. Das Recht dient ausschliesslich dem Zweck, diese Freiheitsräume zu sichern; eine andere Aufgabe hat es nicht[49]. Die grundlegenden Begriffe der Pandektenwissenschaft beruhen auf dieser Anschauung. Das subjektive Recht ist die dem Einzelnen innerhalb seines Freiheitsraumes zugestandene Macht; die Privatautonomie gestattet ihm, seinen Freiheitsraum nach eigenem Gutdünken zu gestalten. Auf der Privatautonomie basieren insbesondere die drei privatrechtlichen Grundfreiheiten, nämlich Vertragsfreiheit, Eigentumsfreiheit und Testierfreiheit. Die "Allgemeingültigkeit dieser Freiheiten ... schloss die Beseitigung auch jener Bindungen der rechtlichen Handlungsfreiheit ein, deren der Einzelne zum Schutz seiner sozialen Existenz bedarf"[50]. Erst wenn man die sittlich gebundene Freiheit Kants durch eine rein formale Freiheit ersetzt, dient diese nicht mehr der Entfaltung aller Individuen, sondern mit der Zeit nur noch den Stärkeren[51].

"Die formale Freiheit und Rechtsgleichheit der Pandektenwissenschaft" bedeutet nämlich letztlich nichts anderes als eine "Privilegierung der über mobilisiertes Kapital und liquide Produktionsmittel verfügenden Wirtschaftssubjekte, und eine Unterprivilegierung der davon ausgeschlossenen Gruppen"[52]. Die Pandektenwissenschaft

46 Ders., Privatrechtsgeschichte S. 430; ders., Kodifikationsidee S. 45; Koschaker S. 267; Boehmer, Grundlagen II/1, S. 71.

47 Windscheid, Aufgabe der Rechtswissenschaft S. 112; Wieacker, Pandektenwissenschaft S. 61.

48 Ders., Privatrechtsgeschichte S. 431; ders., Gründer und Bewahrer S. 135; ders., Pandektenwissenschaft S. 59; Kiefner S. 7 ff.; Dilcher, Positivismus S. 518.

49 Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 353; ders., Gründer und Bewahrer S. 135; ders., Pandektenwissenschaft S. 59.

50 Ders., Pandektenwissenschaft S. 59.

51 Ders., Sozialmodell S. 12; Spellenberg S. 29; Dilcher, Positivismus S. 519.

52 Wieacker, Pandektenwissenschaft S. 60.

entsprach daher "den politischen und wirtschaftlichen Idealen der Schichten, die sich im 19. Jahrhundert als Pioniere des gesellschaftlichen Fortschritts empfanden, insbesondere der bürgerlichen Unternehmerklasse"[53] und deren obersten Maximen "laisser faire, laisser aller", und "enrichissez-vous"[54]. Sie stellte die zur Ausweitung von Handel und Verkehr notwendige Rechtseinheit auch ohne Kodifikation sicher. Die sehr weitgehende rechtliche Gestaltungsfreiheit entsprach den Bedürfnissen der expandierenden Wirtschaft. Ausserdem beseitigte sie die ständischen Vorrechte und ermöglichte so die Gleichstellung aller Rechtsgenossen im Verkehr[55]. Das Privatrecht wurde zum bürgerlichen Recht. Die Tatsache, dass die Pandektenwissenschaft auch ausserhalb Deutschlands Verbreitung gefunden hat, ist daher nicht erstaunlich[56].

Die Vertreter der Pandektenwissenschaft verstanden das Recht losgelöst von allen anderen gesellschaftlichen Vorgängen. Sie konnten daher gar nicht verstehen, dass ihre Haltung der Neutralität des Rechts die Identifikation mit der bestehenden Gesellschaft bedeutete. Sie waren nicht in der Lage, die Probleme, die sich durch die soziale und wirtschaftliche Umwälzung des 19. Jahrhunderts an die Rechtsordnung stellten, zu meistern, da sie gar nicht erkennen konnten, dass das Recht von ihnen berührt wird. Letztlich musste so die Pandektenwissenschaft zu einem "Werkzeug zur Aufrechterhaltung gesellschaftlichen Unrechts" werden[57].

Trotz des negativen Urteils über Pandektenwissenschaft und Positivismus bleibt zu bedenken, dass es ihr Verdienst gewesen ist, das Verständnis des Rechts als "selbständigen Wert" überhaupt ermöglicht zu haben[58].

53 Ders., Sozialmodell S. 12.

54 Boehmer, Einführung S. 60.

55 Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 442 f.; ders., Sozialmodell S. 14; Dilcher, Positivismus S. 519.

56 Verbreitung der Pandektenwissenschaft in der Schweiz vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 443 Anm. 28; Koschaker S. 264 Anm. 5; Peter, Zivilrechtswissenschaft S. 323 ff.

57 Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 439 ff.; ähnlich ders., Pandektenwissenschaft S. 56; dazu Caroni, Demokratisches Privatrecht S. 61 insbes. Anm. 131.

58 Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 441; Wolf S. 627, weist ebenfalls darauf hin, dass der Positivismus nicht nur negativ beurteilt werden darf.

IV. Gegenströmungen

1. Allgemein

Im praktischen Rechtsleben hat sich jedoch das durch den Pandektismus geprägte Privatrecht nie unbeschränkt durchsetzen können. Vor allem in Deutschland wurden die Auswirkungen des liberalen Zivilrechts einerseits durch die überkommenen obrigkeitsstaatlichen, andererseits durch neue wohlfahrtsstaatliche Tendenzen gemildert. Im letzten Viertel des 19. Jahrhunderts wurde eine spürbare Abkehr vom extremen Wirtschaftsliberalismus deutlich. Einerseits erfuhr der alte Mittelstand gesetzgeberische Unterstützung, andererseits setzte auch eine Fürsorge mit Repression vereinende Arbeiterpolitik ein[59].

Aber auch innerhalb der Privatrechtswissenschaft begann sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts das Verständnis des Rechts als "Funktion der Wirklichkeit" durchzusetzen[60]. In Deutschland verkörpern drei ihrer Exponenten die verschiedenen Gegenpositionen zur Pandektenwissenschaft. Aber auch diese sind noch durch sie geprägt.

Als Vertreter des Utilitarismus auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft ist Rudolph v. Jhering[61] zu bezeichnen[62]. In seiner ersten Schaffensphase führte er den rechtswissenschaftlichen Positivismus in der Konstruktionsjurisprudenz zur Vollendung. Er bezeichnete diese jedoch in einer späteren Schaffensphase als vollkommen sinnlos[63].

Jhering stellt fest, dass das Recht nicht aus dem System, sondern aus der stetigen Spannung der Interessengegensätze zwischen den Rechtsgenossen entsteht. Letztlich erscheint ihm der Zweck als Schöpfer allen Rechts. Eine Bewertung der verschiedenen Zwecke durch das Erstellen einer Hierarchie findet nicht statt. Er begnügt sich mit der blossen Erkenntnis ihrer Wirksamkeit[64].

Die wissenschaftlichen Vertreter der beiden anderen Gegenströmungen traten mit ihrer Kritik an der pandektistischen Privatrechtswissenschaft im wesentlichen erst im Zusammenhang mit der Veröffentlichung des ersten Entwurfs des BGB in Erscheinung.

59 Benöhr, Wirtschaftsliberalismus S. 197 ff., insbes. 215; Wieacker, Sozialmodell S. 20 f. Beispielsweise Beschränkungen der Verfügungs- und Testierfreiheit für ländliches Grundeigentum, Bismarcksche Sozialversicherung.

60 Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 449.

61 Zu Rudolph v. Jhering vgl. Wolf S. 622-668; Wieacker, Gründer und Bewahrer S. 197-212; Kleinheyer-Schröder S. 134-139.

62 Gierke, Recht und Sittlichkeit S. 34; Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 449.

63 Wolf S. 631, 638 f.; Coing, Jhering S. 157 ff.

64 Wolf S. 647 ff.; Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 451 f.; Dilcher, Positivismus S. 520.

Der Sozialist Anton Menger[65] macht die Kritik an der herrschenden Privatrechtswissenschaft in seiner Stellungnahme zum BGB, "Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen"[66], deutlich. Er vertritt darin unter anderem die Meinung, dass das pandektistische bürgerliche Gesetzbuch den gesellschaftlichen Verhältnissen in keiner Weise gerecht wird, denn dessen Grundidee, die Gestaltungsfreiheit, müsse sich wegen der ungleichen Ausgangslage für die schwächeren Volksklassen negativ auswirken.

Die Kritik an der Privatrechtswissenschaft war gegen Ende des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts keineswegs auf den deutschen Raum beschränkt. In anderen europäischen Ländern machten sich zu dieser Zeit ähnliche Tendenzen bemerkbar[67].

2. Otto von Gierkes Theorie des sozialen Rechts

Otto von Gierke[68] verkörpert die dritte Gegenströmung. Seine wissenschaftlichen Arbeiten sind zwei verschiedenen Bereichen gewidmet[69]. In seiner ersten Arbeitsperiode beschäftigt er sich mit der historischen und dogmatischen Darstellung des deutschen Genossenschaftsrechts[70]. Dabei entwickelt er den Begriff des Sozialrechts, als selbständiges Rechtssystem. Das Sozialrecht tritt neben das im Pandektensystem verwirklichte Individualrecht.

Ausgelöst durch das Erscheinen des ersten Entwurfs des BGB wendet sich Gierke der Bearbeitung des gesamten Privatrechts zu[71]. Mit seiner Kritik an diesem Entwurf

65 Zu Anton Menger vgl. E. Müller, Mengers Rechts- und Gesellschaftssystem, insbes. die Ablehnung der Bezeichnung "Kathedersozialist" S. 40; Kästner, Menger, Leben und Werk; Reich, Der Juristensozialismus von Anton Menger; Ramm, Juristensozialismus; Caroni, Menger ed il CCS.

66 Zuerst erschienen in: Archiv für soziale Gesetzgebung, Tübingen 1889, 2. Aufl. 1890, 3. Aufl. 1904, 4. Aufl. 1908, 5. Aufl. 1927.

67 Vgl. Quaderni Fiorentini Bd. 3/4, in dem namentlich die Vertreter des "Juristensozialismus" in Italien und Frankreich behandelt werden.

68 Zu Otto v. Gierke vgl. Wolf S. 669-712; Wieacker, Sozialmodell S. 19 f.; ders., Privatrechtsgeschichte S. 453 ff.; Boehmer, Grundlagen II/1, S. 155 ff. Insbes. zu "sozialem Recht" vgl. Krupa S. 42 ff.; Dilcher, Juristensozialismus; Janssen S. 64 ff.; Spellenberg S. 31 ff.; Kuntschke S. 153 ff.; Thieme, Gierke. Zahlreiche Belegstellen für "soziales Recht" in G. Müller S. 130 Anm. 120.

69 Aufteilung von Gierkes wissenschaftlicher Arbeit vgl. Janssen S. 17 ff.

70 Genossenschaftsrecht I-IV; Bd. I: 1868, Bd. II: 1873, Bd. III: 1881, Bd. IV: 1913. Bd. IV ist allerdings in der unvollendeten Fassung schon 1888 fertiggestellt. Er wird aber erst zusammen mit der Neuauflage der Bde. I-III in dieser unvollendeten Form veröffentlicht. Vgl. Bd. IV, Vorwort S. VII und VIII. Grundbegriffe des Staatsrechts, 1874; Althusius, 1879/80; Genossenschaftstheorie, 1887. Seine späteren Arbeiten zum Verbandsrecht bringen keine neuen Erkenntnisse, sondern verwerten schon Bekanntes. Vgl. Deutsches Privatrecht I, S. 456 ff., 1895; Menschliche Verbände, 1913; Majoritätsprinzip, 1915. Ausserdem setzen sich auch die kritischen Arbeiten zum BGB meistens mit dem Verbandsrecht auseinander.

71 Werke zur BGB-Kritik siehe hinten S. 14 Anm. 2. Zum Privatrecht allgemein vgl. Deutsches Privatrecht in 3 Bänden; Grundzüge, in: Holtzendorff-Kohler. Ausserdem zahlreiche Veröffentlichungen zu einzelnen privatrechtlichen Instituten.

kommt sein Engagement für eine soziale Rechtsordnung zum Durchbruch[72]. Er vertritt die Auffassung, nur die Verwirklichung eines sozialen Rechts, nicht aber die Kodifikation eines Pandektenlehrbuchs könne das Privatrecht auch für die Zukunft lebensfähig machen. Das BGB enthalte kein deutsches und somit auch kein soziales Recht und bedeute daher eine Gefahr für das Privatrecht überhaupt.

Unbestritten ist in der Literatur, dass sich Gierke mit seiner Theorie des sozialen Rechts vom Pandektismus und Positivismus abkehrt und dass er die grosse Bedeutung der Realität für das Recht wieder deutlich gemacht hat. Jedoch werden im zahlreichen Schrifttum zu Gierke die Beweggründe und die Bedeutung seiner Theorie sehr unterschiedlich beurteilt. Von der einen Seite wird die Meinung vertreten, sein Anliegen sei nur die Bewahrung überholter und die Wiederherstellung vergangener Zustände. Die andere sieht in ihm einen Juristen, der seherisch die Probleme der Zukunft erkannt und die Möglichkeiten ihrer Bewältigung aufgezeigt hat[73]. Auch Gierkes geschichtsphilosophische Einordnung, vor allem im Hinblick auf Hegel ist umstritten[74].

Bei dieser Divergenz der Meinungen scheint eine genaue Feststellung dessen, was Gierke unter sozialem Recht versteht, angebracht. Die Auseinandersetzung mit seiner Theorie begnügt sich jedoch meistens mit einer negativen Abgrenzung, nämlich mit der Feststellung, dass er sowohl Kapitalismus als auch Sozialismus ablehnt. Im übrigen werden immer nur die konkreten Änderungsvorschläge Gierkes zur Umschreibung herangezogen[75].

V. Die pandektistischen Kodifikationen

Aus der Pandektenwissenschaft sind direkt drei verschiedene mitteleuropäische Kodifikationen hervorgegangen: das sächsische BGB von 1863, das BGB für das Deutsche Reich von 1900 und das schweizerische ZGB von 1912.

Das sächsische BGB entsprach ziemlich genau einem Pandektenlehrbuch in Gesetzesform[76]. Da unmittelbar nach seinem Inkrafttreten dem inzwischen gegründeten zweiten Deutschen Reich die Kompetenz zur Gesetzgebung für das gesamte bürgerliche Recht übertragen wurde, entfaltete es keine weitere Wirkung.

72 Wolf S. 698.

73 Zusammenstellung der sehr unterschiedlichen Stellungnahmen vgl. Dilcher, Juristensozialismus S. 320 ff. Anm. 3-16; zusätzlich Janssen S. 2 ff.; Spellenberg S. 32 f.

74 Dilcher, Juristensozialismus S. 332 Anm. 56, 350 ff. Wolf und Janssen sehen im Gegensatz zu Böckenförde, Verfassungsgeschichtliche Forschung; Boehmer, Grundlagen II 1; sowie Dilcher keine Beeinflussung Gierkes durch Hegel.

75 Dilcher, Juristensozialismus S. 336 ff.; Thieme, Gierke. Gierke selbst gibt diese Erklärung an verschiedenen Orten, beispielsweise Soziale Aufgabe S. 9 f.; Entwurf S. 26; Brief an Huber vom 22. Oktober 1912; weitergehend Janssen S. 64 ff.

76 Koschaker S. 258.

1. Das BGB von 1900

Trotz der Niederlage der Einheits- und Freiheitsbewegung verschwand der Gedanke einer gesamtdeutschen Kodifikation nach dem Jahr 1848 nicht mehr von der Tagesordnung[77]. 1873 erhielt das Reich die Gesetzgebungskompetenz für das gesamte Zivilrecht[78]. 1874 wurde eine Vorkommission eingesetzt, die Plan und Arbeitsweise festlegte. Ihren Vorschlägen entsprechend wurde eine elfköpfige Kommission mit der Ausarbeitung eines Kodifikationsentwurfes betraut[79]. Der einflussreichste der zahlreichen Pandektenwissenschaftler in dieser Kommission war Windscheid[80]. 1888 wurde der erste Entwurf zu einem BGB zusammen mit fünf Bänden Motiven veröffentlicht. Der Entwurf rief "stürmische Kritik" hervor[81].

Unter dem Druck der öffentlichen Meinung erfolgte 1890 die Einsetzung einer zweiten Kommission, die den Entwurf umarbeiten sollte[82]. Den zweiten Entwurf mit Protokollen veröffentlichte sie 1895. Die Stellungnahmen zum zweiten Entwurf waren viel weniger zahlreich als zum ersten und betonten im allgemeinen dessen Verbesserungen gegenüber dem ersten Entwurf[83]. Nach der parlamentarischen Beratung, die nur unwesentliche Änderungen mit sich brachte, wurde der Entwurf gegen die Stimmen der Sozialdemokraten angenommen. Am 24. August 1896 wurde das BGB im Reichsgesetzblatt veröffentlicht und auf den 1. Januar 1900 in Kraft gesetzt[84].

Das BGB hält "in einer fast imponierenden Haltung an der dogmatischen Tradition" des 19. Jahrhunderts fest[85]. Es ist das "spätgeborene Kind der Pandektenwissenschaft"[86], auch wenn Windscheid, die massgebliche Persönlichkeit der ersten Kommission die Meinung vertrat, bei der Gesetzgebung seien ausser juristischen noch "ethische, politische und volkswirtschaftliche Erwägungen" zu beachten[87].

77 Zum Folgenden vgl. Vierhaus S. 19 ff., insbes. 44 ff.; Dernburg I, S. 3 ff.; Wieacker, Nationalgesetzbücher S. 90 f.

78 Laufs, Reichskompetenz S. 741 ff.

79 Thieme, Vorgeschichte; Benöhr, Grundlage S. 79 ff.; weitere Literaturangaben zur Vorgeschichte des BGB vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 469 ff. Anm. 2.

80 Zu Bernhard Windscheid vgl. Wolf S. 591-621; Kleinheyer-Schröder S. 301-304.

81 Zusammenstellung der gutachtlichen Äusserungen zum 1. Entwurf in 6 Bänden.

82 Zur Zusammensetzung der Kommission, in die auch juristische Laien berufen wurden vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 471; Dernburg I, S. 8.

83 Beispielsweise Sohm.

84 Dernburg I, S. 10.

85 Wieacker, Pandektenwissenschaft S. 63.

86 Ders., Sozialmodell S. 15.

87 Windscheid, Aufgabe der Rechtswissenschaft S. 112.

Das Bürgertum, die in der Kodifikationsepoche vorherrschende Klasse, erreichte eine fast optimale Berücksichtigung seiner Interessen, was notwendigerweise nur auf Kosten der Interessen der anderen Klassen möglich war[88]. Die Schaffung von Spezialgesetzen zum Schutze der benachteiligten Schichten im ausgehenden 19. Jahrhundert ändert nichts am grundsätzlichen Charakter der Privatrechtskodifikation; sie bleibt ein Gesetzbuch, welches von der bürgerlichen Klasse geprägt ist[89].

2. Das ZGB von 1912

Nach der Schaffung des schweizerischen Bundesstaates von 1848 wurde in Fachkreisen der Ruf nach einem gesamtschweizerischen Zivilgesetzbuch laut[90]. 1881 konnte gestützt auf die Verfassung von 1874, in welcher der Bund eine beschränkte Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Privatrechts erhalten hatte, das Obligationenrecht in Kraft gesetzt werden[91].

Eugen Huber[92] erhielt 1884 den Auftrag, eine vergleichende Darstellung der kantonalen Privatrechte zu verfassen. Daraus resultierte sein grundlegendes Werk "System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts"[93]. Basierend auf seine Untersuchungen verfasste er in der Zeit von 1894-1898 drei Teilentwürfe für eine Zivilrechtskodifikation. Nachdem 1898 der Bund die Gesetzgebungskompetenz für das gesamte Zivilrecht erhalten hatte, wurden 1900 der Vorentwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements und 1901 und 1902 die von Huber verfassten Erläuterungen zum Vorentwurf veröffentlicht. 1904 erschien nach der Beratung in einer Expertenkommission der Entwurf des Bundesrates. 1905-1907 erfolgte die Beratung durch das Parlament. Am 10. Dezember 1907 nahmen die beiden eidgenössischen Räte die Vorlage einstimmig an. Der Revision des OR, die zur Anpassung an das ZGB nötig geworden war, stimmten sie am 30. März 1911 zu[94]. Das Gesetzbuch trat am 1. Januar 1912 in Kraft.

88 Wieacker, Sozialmodell S. 16; Spellenberg S. 30. Literaturhinweise zur Würdigung des BGB vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 472 Anm. 12.

89 Anderer Ansicht: Benöhr, Wirtschaftsliberalismus, insbes. S. 216. Eine antisoziale Privatrechtskodifikation kann zwar von aussen korrigiert werden. Dadurch wird aber nicht die Privatrechtskodifikation, sondern die Rechtsordnung weniger antisozial. Vgl. Caroni, Demokratisches Privatrecht S. 57.

90 Zum Folgenden vgl. Liver, Berner-Kommentar ZGB 1-10, Einleitung N. 9-76; Liver/Merz, Entstehung S. 9-29.

91 Oser, Zürcher-Kommentar OR 1-183, N. 1 und 2.

92 Zu Eugen Huber vgl. Rümelin, Eugen Huber; Guhl, Eugen Huber 1849-1923; Kleinheyer-Schröder S. 126-129; Zusammenstellung der Literatur über Huber vgl. Caroni, Menger S. 247 Anm. 3.

93 4 Bände, Bd. 1-3: System, 1886/88/89, Bd. 4: Geschichte, 1893.

94 Gang der Revision des OR vgl. Oser, Zürcher-Kommentar OR 1-183, N. 3 und 4.

Die Dogamtik des ZGB beruht wie diejenige des BGB grundsätzlich auf der Pandektenwissenschaft[95]. Es ist ebenfalls eine Kodifikation, welche von der bürgerlichen Klasse geprägt worden ist[96]. Einige wesentliche Unterschiede weist das ZGB jedoch gegenüber dem BGB auf.

Ein Grund für die Differenz mag darin liegen, dass die Klassenunterschiede in Deutschland um das Ende des 19. Jahrhunderts viel ausgeprägter waren als in der Schweiz und dass sie zudem in stärkerem Masse für die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse relevant waren[97].

Das ZGB stammt im Gegensatz zum BGB, welches von einer Kommission geschaffen wurde, im wesentlichen von einem Autor. Diese Tatsache wirkt sich positiv auf die Kodifikation aus. Denn die Erfahrung zeigt, dass "Gesetzbücher aus einem Guss nur entstehen, wo eine einzige Persönlichkeit sie geistig formt. ... Dagegen senkt die Zusammenarbeit in Kommissionen, die Verantwortung und Selbstkritik schwächt und Bedenklichkeit und das Verharren beim Alten begünstigt, auch bei hoher Qualität der Mitglieder das Niveau auf den unteren Durchschnitt"[98].

Die wesentliche Ursache liegt jedoch in der Person von Eugen Huber selbst. Schon bevor er mit der Ausarbeitung des ZGB begann, hatte er sich mit dem ersten Entwurf des BGB sowie der massiven Kritik auseinandersetzen können[99]. Anders als die Kodifikatoren des BGB erkannte er die Probleme seiner Zeit. Er begegnete ihnen mit "Toleranz und sozialer Aufgeschlossenheit"[100]. Soweit es im Bereich des Möglichen lag, versuchte er bei der Gesetzgebung die Interessen aller Klassen zu berücksichtigen und so soziale Unterschiede abzubauen[101].

Alle diese Umstände haben dazu beigetragen, dass das ZGB nicht so stark wie das BGB dem 19. Jahrhundert verhaftet ist.

95 Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 491; Peter, Zivilrechtswissenschaft S. 323 ff.

96 Caroni, Demokratisches Privatrecht, insbes. S. 48, 61.

97 Beispielsweise Klassenwahlrecht in Preussen bis 1916; vgl. Gmür S. 31.

98 Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 474.

99 Lieberwirth S. 81-83. Hubers eigene Stellungnahme zum BGB vgl. Gauye S. 74 ff.

100 Caroni, Demokratisches Privatrecht S. 44.

101 Zitat bei Caroni, Menger S. 305 Anm. 167; ders., Demokratisches Privatrecht S. 42 ff. Berücksichtigung der sozialen Probleme im ZGB vgl. Oser, Sociales Problem S. 89 ff.

2. Kapitel: Gierkes Kritik am BGB

I. Einleitung

Gierke hat seine Theorie des sozialen Rechts im wesentlichen an der Kritik des BGB entwickelt[1]. Daher erscheint es zweckmässig, auch bei der Untersuchung seiner Theorie von dieser Kritik auszugehen. Sie findet sich in der Zeit nach 1888, dem Jahr der Veröffentlichung des ersten Entwurfs des BGB, in den verschiedensten Schriften, in denen er zu den beiden Entwürfen sowie zum BGB Stellung nimmt. Für das Verständnis der Theorie des sozialen Rechts sind ausserdem noch Veröffentlichungen wesentlich, die nicht in direktem Zusammenhang mit der Kritik des BGB stehen[2].

In den folgenden Kapiteln wird zuerst Gierkes allgemeine Kritik am BGB, danach dessen Verständnis des sozialen Rechts, wie es in der BGB-Kritik erscheint und zuletzt die besondere Bedeutung des sozialen Rechts für die Privatrechtskodifikation erläutert.

II. Aufgabe des künftigen BGB

Nach Gierkes Ansicht ist die dem BGB gestellte Aufgabe die "Schaffung eines zugleich wahrhaft deutschen und modernen Rechts, geboren aus dem ureigenen Geiste unseres Volkes und ausgestaltet aus der Kraft und Fülle unseres Zeitbewusstseins, abschliessend das Ringen von Jahrhunderten und grundlegend für eine ferne Zukunft"[3]. Die Schaffung eines bürgerlichen Gesetzbuches ist eine "soziale Tat"[4], sofern nicht nur die Aufzeichnung der bestehenden Rechtszustände angestrebt wird. Die "äussere Uniformierung" des Privatrechts darf aber keinesfalls der einzige

1 Davon zu unterscheiden ist seine Theorie des Sozialrechts, die er bereits im Zusammenhang mit seinen Werken zum Genossenschaftsrecht entwickelt hat; siehe oben S. 9 bei Anm. 70.

2 Sofern keine Verwechslungsgefahr besteht, wird in den Fussnoten dieser Arbeit auf die Nennung Gierkes als Autor verzichtet.
Die wichtigsten Stellungnahmen Gierkes zum BGB in chronologischer Reihenfolge: BGB und Erbrecht 1888; Freie Corporationsbildung 1888; Entwurf 1888/89; Soziale Aufgabe 1889; Personengemeinschaften 1889; Deutsches Haus 1890/91; Bodenbesitzverteilung 1893; Diskussion zu Sohms Vortrag 1895/96; Reichstag 1896; Verein ohne Rechtsfähigkeit 1900. Für Gierkes Theorie des sozialen Rechts sind zusätzlich zwei weitere Veröffentlichungen von grosser Bedeutung: Jugend und Alter des Rechts 1879; Recht und Sittlichkeit 1916/17.

3 Entwurf S. 1; BGB und Erbrecht S. 401 f.

4 Entwurf S. 3; BGB und Erbrecht S. 402.

Fortschritt sein, den das künftige BGB bringt. Vielmehr muss es "mit energischer Kraft in den Werdegang des Rechts eingreifen" und "wahrhaft schöpferisch" verfahren[5]. Es ist zwar nicht möglich, dass die Kodifikation Recht, welches nicht besteht, schaffen kann, aber die Kodifikation des Privatrechts ist selbst "geschichtliche Tat"[6]. Sie kann niemals aus dem Nichts Recht hervorbringen, sie kann jedoch "schon vorhandene Keime entfalten oder ersticken"[7].

Das Privatrecht ist der entscheidende Teil unserer Rechtsordnung, "es umspinnt das Leben jedes Einzelnen ..., es beherrscht die Verteilung der wirtschaftlichen Güter und die geheiligten Bande der Familie, es legt den festen Grund allen gesellschaftlichen Daseins"[8]. Da die Kodifikation des Privatrechts mit den "sittlichen Grundanschauungen und wirtschaftlichen Grundverhältnissen" eng verbunden ist, kommt ihr sittliche und soziale Bedeutung zu[9]. Sie wirkt bestimmend auf die "geistige und materielle Gesamtentwicklung der Nation, die sittlichen und wirtschaftlichen Grundfragen unseres Zeitalters"[10]. Das künftige BGB soll daher "zu den Lebensproblemen unserer heutigen Gesellschaft mutvoll Stellung" nehmen, es soll damit "das Rechtsleben stärken, den Frieden mehren und die sittlichen und sozialen Kräfte der Nation heben"[11].

III. Der 1. Entwurf

1. Stellungnahme zum 1. Entwurf

Der Entwurf zu einem BGB "ist nicht deutsch, ist nicht volkstümlich, ist nicht schöpferisch und der sittliche und soziale Beruf einer neuen Privatrechtsordnung scheint in seinen Horizont überhaupt nicht eingetreten zu sein"[12].

Für Gierke ist er in Wahrheit ein in "Gesetzesparagraphen gegossenes Pandektenkompendium". Zwar werden die notwendigen Konzessionen an das moderne und deutsche Recht gemacht, aber trotzdem entstammt er der reinen romanistischen Doktrin[13]. Was nicht in das Pandektensystem passt, "hat von vorneherein die

5 BGB und Erbrecht S. 403 f.
6 Ebd. S. 404.
7 Ebd.
8 Reichstag S. 4.
9 BGB und Erbrecht S. 402; Entwurf S. 2, ähnlich S. 589.
10 BGB und Erbrecht S. 404.
11 Entwurf S. 2; Reichstag S. 4.
12 Entwurf S. 2, ähnlich S. 14; Personengemeinschaften S. 2; 19. Juristentag II, S. 260; III, S. 221; Deutsches Haus S. 23; Reichstag S. 6.
13 Entwurf S. 2 f.; Deutsches Privatrecht I, S. 25.

Vermutung wider sich, dass es auch nicht in das BGB gehöre"[14]; dabei kann es sich sowohl um lebendes Privatrecht als auch um in der wissenschaftlichen Diskussion noch umstrittene Normen handeln. Die Probleme der juristischen Technik des "usus modernus pandectarum" sind viel wichtiger als jeder schöpferische Gedanke, ja der Entwurf weist schon die Möglichkeit, "dass das Gesetzbuch schöpferisch vorgehen" könnte, ängstlich von sich[15].

Die Sprache des Entwurfs versteht nur der Jurist, und statt lebendigem und organisch gewachsenem Recht enthält er "kahle Abstraktionen" und ist von "starrem Formalismus und dürrem Schematismus" geprägt[16]. Mit anderen Worten weder die äussere noch die innere Form des Gesetzes sind volkstümlich. Nicht in allgemeinverständlichem Deutsch, sondern in einer künstlich geschaffenen Fachsprache ist der Entwurf abgefasst. Gerade weil die Privatrechtskodifikation jeden Einzelnen unmittelbar berührt und immer zur Anwendung im täglichen Leben bestimmt ist, sollte sie nicht nur dem Juristen, sondern auch dem Laien verständlich sein[17]. Allgemeinverständlichkeit scheint aber gar nicht angestrebt zu sein, denn die äussere Form entspricht der inneren. Diese erschöpft sich in abstrakten, doktrinären Gedankenschablonen, die nur der Jurist verstehen kann. Soll das künftige BGB auch deutsches Recht enthalten, müssen Sprache und Inhalt des Entwurfs abgeändert werden[18].

Die Forderung nach vermehrter Berücksichtigung des deutschen Rechts hat mit dem "alten Schulenstreit zwischen Germanisten und Romanisten" nichts zu tun, und das geforderte deutsche Recht ist keinesfalls mit "seiner mittelalterlichen Erscheinungsform" zu identifizieren[19]. Das künftige BGB soll ein "in sich geschlossenes nationales Recht sein, in dem das ursprünglich Fremde nur soweit, als es uns ganz zu eigen geworden ist, das ursprünglich Deutsche nur soweit, als es noch lebensfähig ist" Raum haben[20]. Da der Entwurf dem deutschen Recht diesen Raum nicht gewährt, ist es für Gierke klar, dass er auch der sozialen Aufgabe des Privatrechts nicht genügen kann. Weil der römische dem deutschen Rechtsgedanken vorgezogen wird, herrschen im Entwurf individualistische und einseitig kapitalistische, also gemeinschaftsfeindliche Tendenzen, die auf die Stärkung des Starken gegen den Schwachen zielen und die Rücksichtnahme auf den kleinen Mann vermissen lassen[21]. "Denn das ist vielleicht

14 Entwurf S. 96.

15 Beispielhaft ist für Gierke die Begründung, die zur Ablehnung des Namensrechts führt: Man erachtet es als bedenklich, der wissenschaftlichen Entwicklung bezüglich der Entscheidung dieser Frage vorzugreifen, da sich Theorie und Praxis erst kurzfristig damit beschäftigen und auch noch kein bereits bestehendes Gesetzbuch dazu Stellung nimmt. Motive IV, S. 1006; Entwurf S. 3, 86 f.

16 Entwurf S. 3.

17 Ebd. S. 3, 10, ähnlich S. 573 f.; BGB und Erbrecht S. 402.

18 Entwurf S. 3, 73.

19 Ebd. S. 13; Deutsches Privatrecht I, S. 24.

20 Deutsches Privatrecht I, S. 25; ähnlich Entwurf S. 574 f.

21 Entwurf S. 3, 23; Soziale Aufgabe S. 23.

der innerste Gegensatz zwischen dem römischen und dem germanischen Privatrecht, dass der Gedanke der Gemeinschaft aus jenem verbannt ist, dieses durchdringt"[22]. So wie der Entwurf sich zum deutschen Recht stellt, ist auch seine Haltung "zu den sozialen, ethischen und wirtschaftlichen Problemen der Gegenwart"[23]. Der Entwurf hat gar nicht erkannt, dass von ihm zu einem guten Stück die künftige Gestaltung der sozialen, sittlichen und wirtschaftlichen Zustände abhängt, und das zu einem Zeitpunkt, "in welchem den gesellschaftlichen Körper eine innere Bewegung durchbebt, deren Fortgang über Sein oder Nichtsein unserer Kultur entscheiden mag"[24].

2. Die Zukunft des 1. Entwurfs

Eine unveränderte Annahme des Entwurfs als Gesetzbuch hält Gierke nach Lage der Dinge nicht für empfehlenswert. Eine zweite Lesung des Entwurfs muss nach seiner Ansicht unbedingt stattfinden[25]. Mit blossen Änderungen oder Verbesserungen im Einzelfall ist nichts zu erreichen. "Sachlich bedarf es einer Umschmelzung des Entwurfes, welche sich auf Fassung und Gehalt erstrecken muss", unabhängig davon, ob man diese zweite Lesung Revision oder Neubearbeitung nennt[26]. Dadurch wird die Vereinheitlichung des Privatrechts in Deutschland zwar noch auf sich warten lassen, was aber angesichts der Mängel des Entwurfs das kleinere Übel ist. Denn die äussere Uniformität des Privatrechts ist nicht Existenzvoraussetzung einer Nation und deren Staatseinheit. Die Kodifikation des Privatrechts ist "also in der Hauptsache keine politische sondern eine soziale Angelegenheit"[27].

Sollte auch der Versuch einer Umschmelzung des Entwurfs fehlschlagen, müsste der Plan einer umfassenden Privatrechtskodifikation fallen gelassen werden und "die deutsche Rechtseinheit stückweise durch Kodifikation einzelner dazu reifer Materien" verwirklicht werden[28]. Sollte auch der Versuch einer Umschmelzung scheitern, sind offensichtlich die "intuitive Kraft und die schöpferische Genialität, deren es bedarf um ein systematisches Gesetzbuch herzustellen", nicht vorhanden. Zur Einzelgesetzgebung sind diese Eigenschaften jedoch nur in geringerem Mass erforderlich, so dass Hoffnung besteht, wenigstens diese erfolgreich durchzuführen[29].

22 Entwurf S. 11.
23 Ebd. S. 79, ähnlich S. 592.
24 Ebd. S. 3.
25 Ebd. S. 572, ähnlich S. 4.
26 Ebd. S. 584; Deutsches Haus S. 23.
27 Entwurf S. 4 f., ähnlich S. 581 ff.
28 Ebd. S. 583; Personengemeinschaften S. 3.
29 Entwurf S. 584.

Eine Umschmelzung des Entwurfs innert nützlicher Frist scheint aber möglich zu sein, "haben doch sogar kleinere deutsche Volkssplitter in einzelnen Schweizer Kantonen die Aufgabe der deutschen Volksgesetzgebung trefflich gelöst"[30].

Keinesfalls darf jedoch diese Umarbeitung von "derselben, sei es unveränderten, sei es unwesentlich ergänzten oder modifizierten Fachkommission" vorgenommen werden. Einen einzelnen Gesetzesredaktor zu bestimmen erscheint Gierke nicht opportun, denn "die Kräfte eines Einzelnen würden der gewaltigen Aufgabe schwerlich gewachsen sein", ganz abgesehen von der Schwierigkeit, den richtigen Mann zu finden. Es muss also eine neue Kommission eingesetzt werden[31]. Bei der Zusammensetzung dieser Kommission ist sowohl darauf zu achten, dass der Zusammenhang mit der alten Kommission gewahrt bleibt, als auch, dass genügend neue Kräfte beteiligt werden. Selbstverständlich gehören Juristen in diese Kommission, Theoretiker und Praktiker, Vertreter des Privatrechts, aber auch des öffentlichen Rechts und auch ein Nationalökonom. "Die Juristen aber müssten die Minderheit bilden", denn "die Zuziehung sogenannter Laien" ist unerlässlich[32].

Mit vereinten Kräften müsste es so gelingen, ein deutsches Gesetzbuch zu schaffen, in dem mit dem deutschen Rechtsgeist auch lebendiger Gemeingeist einzieht, der die Gefahr der sozialen Auflösung für immer beseitigt[33].

IV. Der 2. Entwurf

1. Stellungnahme zum 2. Entwurf

Die Veränderungen, die der 2. Entwurf gegenüber dem ersten aufweist, stellen in Gierkes Augen durchwegs Verbesserungen dar. Beschränkt er die Betrachtung des 2. Entwurfs auf diese Verbesserungen, kann er ihn als gelungenes Werk bezeichnen, die meisten Änderungen liegen ja auch in der von ihm geforderten Richtung. Aber die Verbesserungen können nicht für sich allein betrachtet werden, denn sie hängen "untrennbar an dem, was vom 1. Entwurf unverändert in den zweiten übergegangen ist". Tatsächlich ist der 2. Entwurf "weniger doktrinär, weniger romanistisch und weniger individualistisch", teilweise ist sogar seine Sprache verständlich und dadurch, dass er einige, im 1. Entwurf nicht enthaltene deutsche Rechtsgedanken in sich aufnimmt, "trifft er hier und da auch neue Bestimmungen, in denen sozialer Geist waltet"[34]. Doch leider ist der "Grundstock des 1. Entwurfs unangetastet geblieben",

30 Ebd. S. 14, 585 ff.
31 Ebd. S. 588; Deutsches Haus S. 23.
32 Entwurf S. 590; Beseler S. 22.
33 Entwurf S. 592; Soziale Aufgabe S. 34.
34 Reichstag S. 6; Diskussion zu Sohm S. 29; Brief an Huber vom 28. Juni 1892.

es liegt lediglich eine Revision und nicht eine Umschmelzung des 1. Entwurfs vor. "Der 2. Entwurf ist kein aus einem neuen Geist geschaffenes Ganzes"[35].

Auch der 2. Entwurf ist ihm nicht volkstümlich genug, auch er ist von Juristen nur für Juristen gemacht. Denn seine äussere Form, die Sprache ist "farblos und dürr geblieben", weil mit der Sprache des 1. Entwurfs nicht völlig gebrochen wurde. Ebenso vermag ihn die innere Form des 2. Entwurfs nicht zu überzeugen, weil er ebenfalls "doktrinär ist und auch er seine Gedankenwelt nicht unmittelbar aus dem Leben schöpft, sondern aus dem System"[36]. "Die unvolkstümliche Fassung ist der schlimmste Fehler des Entwurfes", denn er ist nicht durch einzelne Verbesserungen zu beseitigen, weil sie den ganzen Entwurf durchzieht[37].

Die doktrinäre Fassung der Rechtssätze "verkümmert den schöpferischen Beruf der Praxis und der Wissenschaft". Um diesem zu genügen müsste ein Gesetzbuch "nicht abgeschlossene Formeln, sondern entwicklungsfähige Rechtssätze bieten. Schlichte, klare, kernhafte Rechtssätze, die der Rechtsanwendung eine feste Grundlage sichern, ohne ihre freie Entfaltung zu hemmen"[38].

Gierke hält den 2. Entwurf für deutscher als den ersten, denn wo überhaupt sachliche Änderungen verwirklicht worden sind, "ist fast immer eine Annäherung an das deutsche Recht erfolgt". Aber im Einzelnen wird er dem deutschen Rechtsgedanken und somit den modernen Bedürfnissen ebensowenig gerecht[39]. Die Frage, ob der 2. Entwurf soziales Privatrecht enthalte, "das dem Geist der Gegenwart entspricht und einer friedlichen Zukunft die Wege ebnet", ist für ihn damit schon beantwortet. In dem Masse, in dem er mehr deutsche Rechtsgedanken verwirklicht als der erste, ist er sozialer geworden, denn "deutsches Recht ist Gemeinschaftsrecht" und es stellt auch im Privatrecht das Individuum in den gesellschaftlichen Zusammenhang. Es lehnt schrankenlose Befugnis ab und lässt den Rechten Pflichten entsprechen, "denn deutsches Recht ist soziales Recht"[40]. Aber wenn der 2. Entwurf dem "sozialen Geist der Gegenwart" auch an vielen Stellen entgegenkommt, so sind dies doch nur Zugeständnisse in Einzelfällen und "meist ist man auf halbem Weg stehen geblieben"[41].

35 Reichstag S. 7; ähnlich Diskussion zu Sohm S. 30.
36 Reichstag S. 10 ff.; Diskussion zu Sohm S. 30.
37 Reichstag S. 15.
38 Ebd. S. 14 f.
39 Ebd. S. 21 ff.; Diskussion zu Sohm S. 30 f.
40 Reichstag S. 39; ähnlich Soziale Aufgabe S. 7.
41 Diskussion zu Sohm S. 32.

2. Die Zukunft des 2. Entwurfs

Trotz der erwähnten Verbesserungen kann Gierke auch den 2. Entwurf in seiner gegenwärtigen Form nicht zur Annahme als Gesetz empfehlen, wenn die äussere Rechtseinheit nicht eine Einbusse an innerer Einheit der Nation bedeuten soll, denn der vorliegende Entwurf ist nicht geeignet, den sozialen Frieden zu mehren[42]. Es gibt nur eine einzige Möglichkeit in absehbarer Zeit ein BGB zu schaffen, das den Anforderungen eines modernen Gesetzbuches entspricht. "Der Reichstag muss den Entwurf zur Umarbeitung durch das Reichsjustizamt zurückgeben" und dazu wäre nicht nur eine Revision, sondern eine richtiggehende Umschmelzung zu verlangen[43]. Diese liesse sich innert relativ kurzer Zeit bewerkstelligen, da man die bis jetzt veröffentlichten Entwürfe und Gegenentwürfe verwenden könnte und so ein grosser Teil der Vorarbeiten bereits geleistet wäre.

Um diese verantwortungsvolle Arbeit zu einem erfolgreichen Abschluss zu bringen, würde er der Einsetzung einer neuen Kommission "die Berufung eines einzigen, in gesetzgeberischer Arbeit erprobten Mannes" vorziehen[44]. Will man diesen Weg nicht einschlagen oder führt er ebenfalls nicht zur Ausarbeitung einer allen Anforderungen genügenden Kodifikation, muss man, wie schon früher vorgeschlagen, den Plan einer Gesamtkodifikation des Privatrechts fallen lassen. Stattdessen wäre die "Einheit des deutschen Privatrechts stückweise" zu verwirklichen[45].

3. Gierkes Meinung zur Gesetzesredaktion

Beachtenswert erscheint an der Beurteilung der Zukunft des 2. Entwurfes die Tatsache, dass Gierke die Umarbeitung des 2. Entwurfes nur einem einzelnen Gesetzesredaktor überlassen möchte. Für die Umarbeitung des 1. Entwurfes hatte er nämlich noch ganz entschieden von der Berufung einer einzelnen Persönlichkeit abgeraten und die Einsetzung einer neuen Kommission verlangt[46]. In der Zwischenzeit scheint er sich davon überzeugt zu haben, dass ein einzelner Gesetzesredaktor sehr wohl in der Lage sein kann, eine Kodifikation mit den von ihm geforderten Eigenschaften zu erarbeiten[47].

42 Reichstag S. 53 f.; Deutsches Privatrecht I, S. 25; Diskussion zu Sohm S. 32 f.

43 Reichstag S. 55. Bemerkenswert ist die veränderte Haltung Gierkes, nachdem er in der Diskussion zu Sohm (S. 33) lediglich eine Umarbeitung durch den Reichstag verlangt.

44 Reichstag S. 56.

45 Ebd.

46 Siehe vorn S. 18 Anm. 31.

47 Zwischen 1889, Erscheinungsjahr des "Entwurfs" und 1896, Erscheinungsjahr von "BGB und Reichstag".

Es spricht nichts gegen die Annahme, dass ihn die Tätigkeit Eugen Hubers als Redaktor des schweizerischen ZGB zur Änderung seiner Haltung veranlasst hat. Bereits hat Gierke nämlich von diesem einen ersten Teilentwurf des Abschnitts über die Wirkung der Ehe erhalten. In seinem Brief an Huber bezeichnet er den ersten Eindruck, den dessen Teilentwurf auf ihn gemacht hat als "überwiegend günstig", vor allem im Vergleich mit dem 1. Entwurf des BGB. Er fährt dann fort: "Vor allem haben Sie in der Gesetzesfassung meines Erachtens in der Hauptsache das Richtige getroffen, indem Sie nicht starre Formeln sondern entwicklungsfähige Rechtssätze aufstellen"[48].

V. Gierkes Haltung zum BGB

Der 2. Entwurf hat keine wesentlichen Änderungen mehr erfahren. Obwohl der 2. Entwurf die Billigung Gierkes nicht gefunden hatte, verhält er sich dem Gesetzbuch gegenüber loyal. Zwar äussert er in Briefen an Eugen Huber noch mehrmals seine Unzufriedenheit mit dem "nun unabwendbaren Gesetzbuch". Auch nachdem er sich in eingehendem Studium mit dem Gesetzbuch befasst hat, ist er überzeugt, ihm "nicht unrecht getan" zu haben. Er befürchtet "Heilloses" und glaubt, dass es "sehr schwer halten wird, die deutsche Rechtswissenschaft nach Einführung des Gesetzbuches vor Schaden zu bewahren", denn es ist ein "nach Methode und Form missratenes Gesetzbuch"[49].

Nach dem Inkrafttreten des BGB stellt er nochmals unumwunden fest, dass "das Gesetzbuch, soviel mehr von deutschem Recht es aufgenommen hat, als der Entwurf, vom Geist des deutschen Rechts nicht so durchtränkt ist, wie unser Volk erwarten durfte". Er betont aber, dass er nicht daran denkt, den Streit um Geschehenes zu erneuern. "Der gemeinsame Boden für die deutsche Jurisprudenz ist gefunden"[50].

48 Brief an Huber vom 9. August 1894.
49 Briefe an Huber vom 21. Mai und vom 3. August 1896.
50 Historische Rechtsschule S. 32.

3. Kapitel: Theorie des sozialen Rechts

I. Bedeutung des sozialen Rechts

1. Soziales Recht im allgemeinen

Gierke geht von der Erkenntnis aus, dass "der Mensch zugleich sich und der Gattung lebt"[1]. Menschliches Leben ist notwendigerweise immer auch Gemeinschaftsleben, also soziales Leben. Das Gemeinschaftsleben ist ein organischer Vorgang, dem die verschiedensten sozialen Funktionen entsprechen, z.B. Sprache, Kunst, Glauben, Sittlichkeit, Wirtschaft[2]. Das Recht ist ebenfalls "eine spezifische Funktion menschlichen Gemeinlebens", denn es lässt sich aus keiner anderen Funktion ableiten und auch in keine andere auflösen. Es zielt auf eine nicht weiter zerlegbare Idee, "die Idee des Gerechten"[3].

Das Recht ist für ihn nur eine "Funktion eines einheitlichen Gemeinlebens". Es steht mit allen anderen Funktionen im Verhältnis "gegenseitiger Wechselwirkung". Weil das Gemeinleben "ein organischer Vorgang ist, können seine Funktionen nicht unabhängig voneinander arbeiten". Sie bestimmen und bedingen sich gegenseitig und sind durch "tausend hinüber und herüber laufende Fäden zu einer Lebenseinheit" verknüpft[4]. Das Recht ist nicht mit allen Funktionen des Gemeinlebens gleich eng verwoben. Mit Sprache und Kunst ist die Verbindung lockerer als mit Glauben, Sittlichkeit und Wirtschaft[5].

Ein "grosses geschichtliches Entwicklungsgesetz" zeigt, dass jeder "Kulturfortschritt" auf der "fortschreitenden Differenzierung der Funktionen des Gemeinlebens" beruht[6]. Gerade dadurch, dass die ursprünglich alle im gleichen Keim enthaltenen Funktionen sich zu "besonderen Gebilden entfalten", die sich ihrerseits im Laufe der Zeit wiederum spalten, offenbart sich "das organische Wesen der gesellschaftlichen Körper" sowie deren Wachstum[7]. "Ein Stück dieses Werdegangs

1 Soziale Aufgabe S. 4; ähnlich Recht und Sittlichkeit S. 50; Jugend und Altern S. 206; Deutsches Privatrecht I, S. 26.
2 Deutsches Privatrecht I, S. 122.
3 Ebd. S. 120; Recht und Sittlichkeit S. 34 ff.; Jugend und Altern S. 230; dazu auch Janssen S. 170 ff.
4 Deutsches Privatrecht I, S. 122; ähnlich Naturrecht S. 8; Menschliche Verbände S. 2 f.
5 Deutsches Privatrecht I, S. 122.
6 Ebd.; Recht und Sittlichkeit S. 8 f.; Soziale Aufgabe S. 10; Jugend und Altern S. 225.
7 Soziale Aufgabe S. 11; Recht und Sittlichkeit S. 9.

ist nun eben auch die Sonderung des Rechtsgebietes von den anderen Gebieten des Volkslebens", so dass die einst innige Verbindung von Recht und Religion, Recht und Wirtschaft, Recht und Sittlichkeit verschwindet[8]. Stattdessen werden sie durch feste Grenzlinien geschieden[9].

Die geschichtliche Erfahrung zeigt aber auch, dass durch die Differenzierung der Funktionen Konflikte zwischen den einzelnen Gebilden entstehen können, die im ungeschiedenen Zustand durch die ungebrochene Wechselwirkung dauernd ausgeglichen wurden[10]. "Nun wird es möglich, dass eine Kluft sich auftut zwischen der Rechtsordnung und dem Wirtschaftsleben oder doch den wirtschaftlichen Bedürfnissen ganzer Volksklassen"[11], und erst jetzt gerät "die geschriebene Satzung in Streit mit der im Volk und in weiten Volkskreisen lebendigen Sitte"[12]. Zwar sind diese Kämpfe, die sich im innern Volksleben abspielen "unvermeidliche Begleiterscheinungen der Kulturbewegung". Aber sie müssen überwunden werden, soll die Gemeinschaft nicht in "Zerstörung, Auflösung, Tod" enden[13].

Dieser "lebensverzehrende Trennungsprozess" kann nur überwunden werden, wenn "der innere Kampf immer wieder in Versöhnung endet", die den friedlichen Ausgleich ermöglicht und die gestörte Eintracht wieder herstellt[14]. "Die von der zentralen Lebenseinheit ausströmende, organisierende Kraft"[15] ermöglicht es, "die Gegensätze in einer höheren Einheit" zu versöhnen und "von der Einheit her die besonderen Funktionen mit Gemeinsamkeit" zu durchdringen[16]. Die Fähigkeit, die Versöhnung in einer höheren Einheit zu erreichen, ist von der "ungebrochenen Energie der Lebenseinheit" abhängig[17]. Ist diese nicht mehr vorhanden, so bedeutet der Fortschritt zugleich "den letzten Schritt jedes organischen Gebildes", nämlich "den Schritt zum Grabe"[18].

Gierke stellt aber fest, dass "die fortschreitende Differenzierung nur die eine Seite des organischen Entwicklungsvorganges" darstellt und dass "die andere Seite eine aus der inneren Lebenseinheit immer wieder erzeugte Synthese" ist. Eine Synthese, "die das Gesonderte in den für das Ganze notwendigen Zusammenhang setzt und die verselbständigten Teileinheiten höheren Einheiten einordnet, in denen sich die Gegensätze lösen"[19]. Ein Kulturfortschritt ist für ihn danach nur möglich, wenn die

8 Jugend und Altern S. 226.
9 Recht und Sittlichkeit S. 9.
10 Ebd. S. 10; Soziale Aufgabe S. 9; Jugend und Altern S. 225.
11 Recht und Sittlichkeit S. 10.
12 Ebd. S. 11.
13 Ebd. S. 10 f.; ähnlich Soziale Aufgabe S. 11; Deutsches Privatrecht I, S. 122.
14 Soziale Aufgabe S. 11; Recht und Sittlichkeit S. 11.
15 Recht und Sittlichkeit S. 11.
16 Soziale Aufgabe S. 11; ähnlich Jugend und Altern S. 225.
17 Recht und Sittlichkeit S. 11.
18 Soziale Aufgabe S. 11.
19 Recht und Sittlichkeit S. 10.

Sonderung, ja scharfe Abgrenzung der einzelnen sozialen Funktionen erhalten bleibt, wenn aber auch dauernd eine Harmonie zwischen ihnen gesucht und gefunden wird.

Auf das Recht bezogen bedeutet diese Feststellung, dass das Recht, soll die Kultur erhalten bleiben und auch der Fortschritt gesichert werden, zwar von den anderen Funktionen des menschlichen Gemeinlebens gesondert sein und bleiben muss, dass es aber auch die organische Verbindung mit ihnen suchen muss. Ein Recht, welches unter Wahrung seiner Selbständigkeit mit den anderen gesellschaftlichen Funktionen, namentlich mit Wirtschaft und Sittlichkeit, eine Harmonie herstellt, ist ein soziales Recht. Nur wenn es gelingt, mit Hilfe eines sozialen Rechts diese soziale Harmonie immer wieder herzustellen und auch zu bewahren, ist ein dauerhafter Fortschritt überhaupt möglich[20].

2. Soziales Privatrecht

Gemäss der Doppelnatur des Menschen als Einzel- und als Gesellschaftswesen teilt sich das Recht selbst wiederum auf, nämlich in Individual- und Sozialrecht[21].

Als Individualrecht bezeichnet Gierke das Recht, welches die Beziehungen der Menschen als Einzelwesen ordnet. Der einzelne Mensch wird "als in sich abgeschlossene Einheit" betrachtet. Ausserdem regelt es die äusseren Beziehungen der menschlichen Verbände soweit diese den Individuen gleichgestellt sind. "Das Individualrecht beruht auf dem Verhältnis der Nebenordnung und geht von der Unverbundenheit der Subjekte aus"[22].

Das Sozialrecht ordnet die inneren Beziehungen der menschlichen Gemeinschaften. Es regelt diejenigen rechtlichen Beziehungen, die sich aus der Gliedstellung der Individuen zur Gemeinschaft oder der Gemeinschaft zu höheren Gemeinschaften ergeben. "Es beruht auf dem Verhältnis der Einordnung (Über- und Unterordnung) und geht von der Verbundenheit der Subjekte aus"[23]. Das Sozialrecht ist ein Rechtssystem höherer Ordnung, das über das System des Individualrechts hinausgeht[24].

20 Ebd. S. 11 f.; Deutsches Privatrecht I, S. 122; Bodenbesitzverteilung S. 170.

21 Deutsches Privatrecht I, S. 26; Soziale Aufgabe S. 4; Menschliche Verbände S. 26 f.

22 Deutsches Privatrecht I, S. 26, 514.

23 Ebd. S. 26, 512 f.

24 Genossenschaftstheorie S. 9 f.; Menschliche Verbände S. 27 ff.; den systematischen Begriff "Sozialrecht" entwickelte Gierke in seinen historisch-dogmatischen Arbeiten zum Genossenschaftsrecht; dazu Mundt S. 21 ff.

Die gebräuchliche Unterteilung in öffentliches und privates Recht deckt sich nicht mit Gierkes Einteilung in Individual- und Sozialrecht. Als Recht einer Gemeinschaft ist das öffentliche Recht Sozialrecht. Aber die menschliche Gemeinschaft erschöpft sich nicht im Staat. Der Staat ist zwar das höchste und umfassendste unter den Gemeinwesen, welche die menschliche Gattungsexistenz über der Individualexistenz offenbaren[25], aber es gibt ausser ihm die verschiedensten andersgearteten Gemeinschaften, z.B. Familie, Kirche, Gemeinde, Verein. Es existiert demnach unendlich "viel Sozialrecht, das nicht Staatsrecht ist". Dem Staat als souveränem Verband ist es anheim gestellt, dieses Sozialrecht "je nach dem Wert, den er dem dadurch geregelten Gemeinleben für sein eigenes Leben beimisst", dem Bereich des öffentlichen oder des privaten Rechts zuzuweisen. Durch die Aufteilung in öffentliches Recht und Privatrecht wird der Bereich des Sozialrechts durchschnitten[26].

Das Privatrecht umfasst das Individualrecht sowie das Sozialrecht derjenigen Gemeinschaften, "die nicht durch staatsrechtlichen Satz" als öffentlichrechtliche Gemeinschaften anerkannt sind[27]. Das öffentliche Recht umfasst das Staatsrecht, soweit es "das Recht des Staates als Ganzes" und das Recht der Einzelnen und untergeordneten Gemeinschaften in ihrer Gliedstellung betrifft, d.h. das Sozialrecht des Staates, ausserdem das Sozialrecht der Gemeinschaften, deren öffentlicher Charakter anerkannt ist[28].

Gierkes Entwicklungstheorie, die besagt, dass ein Kulturfortschritt nur durch Differenzierung der Funktionen des Gemeinlebens unter gleichzeitiger Bewahrung der inneren Lebenseinheit zwischen ihnen erreicht werden kann, gilt auch für das "Verhältnis der verschiedenen Zweige derselben Lebensfunktion"[29]. Darum muss, soll die Kultur der Gegenwart erhalten und die der Zukunft gesichert werden, der Gegensatz zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht und auch zwischen Individualrecht und Sozialrecht erhalten bleiben[30].

Das öffentliche Recht muss "die Daseinsordnung höherer Gesamtheiten mit selbständigem Lebenszweck" bleiben, da es sonst nicht "der erhabenen Idee eines unsterblichen Gemeinwesens" dient und zum blossen "Mittel für die im Einzeldasein beschlossenen Zwecke Aller oder der Mehrheit" herabsinkt, womit die "mühsam erstrittene Hoheit des Staates" stürzt.

Im Privatrecht muss das "Individuum als Selbstzweck" anerkannt bleiben, es darf nicht "zu Mitteln des Gesellschaftszwecks" verkümmern. Andernfalls hätte das

25 Zum Staatsbegriff Gierkes vgl. Grundbegriffe des Staatsrechts S. 26; dazu Wolf S. 684 ff.
26 Deutsches Privatrecht I, S. 27.
27 Ebd.
28 Ebd.
29 Jugend und Altern S. 229.
30 Soziale Aufgabe S. 9; andere Deutung vgl. Mundt. S. 20 f., 126.

Christentum vergeblich den Wert jedes Menschendaseins offenbart und die weltgeschichtliche Entwicklung der Ideen der Freiheit und Gerechtigkeit wäre umsonst gewesen[31].

Er lehnt daher die Theorien ab, welche nur den einen oder den andern Bereich der Rechtsordnung bestehen lassen wollen. Die extreme Naturrechtslehre scheint ihm für den Kulturfortschritt genauso schädlich wie die sozialistischen Lehren. Die erste bildet die Vorstellung aus, dass "nur dem Individuum Realität" zukommt, dass "alles öffentliche Recht zuletzt von den Einzelnen ausgeht und auf den Einzelnen abzielt". Für sie stellt das öffentliche Recht nur "verwickeltes Privatrecht" dar[32]. Die anderen dagegen begreifen und werten "den Menschen ausschliesslich als Glied der Gesellschaft". Alles Privatrecht wird in "eine staatliche Verwaltungsordnung" umgebildet[33]. "Die Entstaatlichung des öffentlichen Rechts im Sinne des naturrechtlichen Individualismus bedeutet die Auflösung und den Tod, die Verstaatlichung des Privatrechts im Sinne des Sozialismus bedeutet die Unfreiheit und die Barbarei"[34].

Andererseits darf aber, soll der Fortschritt der Kultur gesichert werden, über der Sonderung in Privatrecht und öffentliches Recht oder in Individual- und Sozialrecht, die "Einheit des Zieles", nämlich die "Einheit allen Rechts" nicht vergessen werden. Das Privatrecht muss, auch wenn es "zuvörderst für Einzelinteressen sorgt, das Gemeinwohl erstreben" und das öffentliche Recht muss, auch wenn es "zunächst auf das Ganze blickt", dem Einzelnen gerecht werden[35], oder anders ausgedrückt, das öffentliche Recht muss "von der Notwendigkeit und Stetigkeit des Gemeinlebens" ausgehen "und doch die Freiheit in sich" aufnehmen. Andererseits muss im Privatrecht "trotz der Heilighaltung der unantastbaren Sphäre des Individuums der Gedanke der Gemeinschaft" leben und weben[36].

Dies umso mehr, als innerhalb des Privatrechts Individual- und Sozialrecht aufeinander treffen. Nach Gierkes Entwicklungstheorie müssen auch diese trotz ihrer grundsätzlichen Sonderung miteinander harmonieren, sie müssen sich gegenseitig durchdringen. Auch soweit das Privatrecht Individualrecht ist, "entbindet es", obwohl es von der Unverbundenheit der Einzelnen ausgeht, "nicht von der Unterordnung unter die Gemeinschaft"[37]. Ein soziales Privatrecht enthält daher sowohl Individualrecht als auch Sozialrecht.

Nach Gierkes Theorie der höheren Einheit aller sozialen Funktionen ist die Existenz eines sozialen Privatrechts an verschiedene Voraussetzungen gebunden. Innerhalb des sozialen Privatrechts ist eine Harmonie zwischen Individual- und

31 Soziale Aufgabe S. 9.
32 Ebd.; Deutsches Privatrecht I, S. 26.
33 Soziale Aufgabe S. 9; Deutsches Privatrecht I, S. 26.
34 Soziale Aufgabe S. 9 f.; ähnlich Recht und Sittlichkeit S. 50; Entwurf S. 26.
35 Soziale Aufgabe S. 5.
36 Ebd. S. 10; Grundzüge S. 180.
37 Soziale Aufgabe S. 10; Entwurf S. 93; Recht und Sittlichkeit S. 16.

Sozialrecht herzustellen, was dem Privatrecht als Ganzes die Verwirklichung der notwendigen Harmonie mit dem öffentlichen Recht erleichtert, denn öffentliches Recht ist ebenfalls Sozialrecht[38]. Ein soziales Privatrecht wahrt die höhere Einheit der gesellschaftlichen Funktion Recht. Das soziale Privatrecht als Teilbereich der Rechtsordnung überhaupt, hat auch den gleichen Anforderungen wie diese zu genügen. Es muss daher mit den anderen gesellschaftlichen Funktionen, namentlich mit Sittlichkeit und Wirtschaft harmonieren.

Gierkes Idee der Einheit aller sozialen Funktionen beinhaltet auch die Idee der Einheit der einzelnen Zweige der Funktionen. Soziales Privatrecht ohne soziale Rechtsordnung ist nicht denkbar, aber umgekehrt ist auch die Existenz der sozialen Rechtsordnung ohne soziales Privatrecht nicht möglich. Die Harmonie muss zwischen den verschiedenen sozialen Funktionen ebenso verwirklicht werden, wie innerhalb der einzelnen Funktionen. Soziales Recht und soziales Privatrecht bedingen sich gegenseitig.

3. Soziales Recht und Sozialrecht

Die beiden von Gierke verwendeten Begriffe "soziales Recht" und "Sozialrecht" dürfen nicht verwechselt werden. Sie dienen als Bezeichnung für zwei unterschiedliche Erscheinungen.

Soziales Recht ist ein Recht, welches einerseits unter Wahrung seiner Selbständigkeit mit den anderen sozialen Funktionen harmoniert und andererseits die höhere Einheit der sozialen Funktion Recht über deren notwendige Trennung in verschiedene Zweige wahrt. Mit sozialem Recht bezeichnete Gierke diese besondere Gestaltung der gesamten Rechtsordnung.

Sozialrecht ist dagegen der Teil der Rechtsordnung, der die inneren Beziehungen von rechtlich relevanten Gemeinschaften regelt, der die Einzelnen immer in ihrer rechtlichen Stellung als Glieder von Gemeinschaften erfasst. Sozialrecht ist für Gierke ein systematischer Begriff.

Dennoch besteht ein Zusammenhang zwischen den beiden Begriffen. Die Harmonie innerhalb der gesellschaftlichen Funktion Recht, die als unerlässliche Voraussetzung für die Existenz eines sozialen Rechts und somit für den Fortschritt zu bezeichnen ist, lässt sich nur verwirklichen, wenn das Sozialrecht zur Systembildung herangezogen wird.

Für seine Theorie, dass nur eine soziale Rechtsordnung den Kulturfortschritt ermöglicht, sieht Gierke zwei verschiedene Bestätigungen, eine geschichtliche und eine gegenwartsbezogene.

38 Siehe vorn S. 25 bei Anm. 25.

II. Historische Legitimation

1. Römisches Recht

Im römischen Recht sieht Gierke vor allem den "Gegensatz zwischen den beiden Rechtshälften", dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht in aller Schroffheit verwirklicht[39]. Alles Individualrecht war Privatrecht und alles Sozialrecht war öffentliches Recht, denn "da die Gesellschaft im Rechtssinne mit dem Staat zusammenfällt", gab es kein Sozialrecht, das nicht Staatsrecht ist[40].

Nach seiner Ansicht entwickelte das römische Recht zwar das "erste wahre und volle für den Staat selbst unantastbare Privatrecht", aber diesem haftete durch die konsequente Trennung vom Sozialrecht "ein einseitig individualistischer Grundzug" an[41]. Unzweifelhaft erscheint ihm das grosse Verdienst des römischen Rechts, den Gedanken der "Souveränität des Individuums" neben denjenigen der "Souveränität der einen und unteilbaren Staatsgewalt" gestellt zu haben.

Aber in der vollständigen Trennung sieht Gierke auch die Ursache für das Verhängnis. "Das öffentliche Recht erstarrte zur Verwaltungsordnung einer absolutistischen Staatsmaschinerie" und das Privatrecht entwickelte sich zu "einem kunstvollen System". Das Recht war nicht in der Lage, "den wirtschaftlichen Verfall, die sittliche Auflösung, die soziale Zersetzung" aufzuhalten[42]. Anders gesagt, wegen der mangelnden Harmonie zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht war das Recht gar nicht in der Lage, den für den Weiterbestand des römischen Reiches lebensnotwendigen Ausgleich zwischen den verschiedenen sozialen Funktionen zu bewerkstelligen.

2. Deutsches Recht

Im germanischen und im deutschen Recht[43] sieht Gierke dagegen die "Einheit des Rechts" und auch die Harmonie des Rechts mit den anderen sozialen Funktionen verwirklicht, denn es orientiert sich an der Idee der höheren Einheit des Ganzen. Dem "germanischen Rechtsgedanken" ist für ihn die "soziale Harmonie" immanent[44].

39 Deutsches Privatrecht I, S. 28; Soziale Aufgabe S. 4; Entwurf S. 11.

40 Deutsches Privatrecht I, S. 27.

41 Ebd. S. 28; ähnlich Soziale Aufgabe S. 5.

42 Soziale Aufgabe S. 5 f.

43 Zur Abgrenzung zwischen germanischem und deutschem Recht vgl. Thieme, Deutsches Recht, in: HRG 1, Sp. 709-712; Conrad I, S. XIX. Ein deutsches Volk und damit ein deutsches Recht gibt es erst seit dem 10. Jh. Germanisches und deutsches Recht sind nicht gleichzusetzen, das deutsche Recht ist aus dem germanischen hervorgegangen.

44 Bodenbesitzverteilung S. 170; ähnlich Jugend und Altern S. 222 f.; Genossenschaftsrecht II, S. 131.

Er stellt fest, dass das Privatrecht "unfrei" und "gebunden", aber gerade dadurch auch "durch und durch sozial" geblieben ist. Es gab weder einen souveränen Staat, noch ein souveränes Individuum, "der Staat blieb in den Einzelnen und unzähligen gesellschaftlichen Gliederungen stecken, ... das Individuum blieb in der Gemeinschaft beschlossen"[45].

Erst die moderne Welt brachte nach seiner Meinung die "Emanzipation des Individuums und die Emanzipation des Staates", wobei das römische Recht eine wesentliche Rolle spielte, denn mit dessen Rezeption wurde die grundsätzliche Trennung von öffentlichem Recht und Privatrecht durchgeführt. Diese Entwicklung wurde durch Naturrecht und Absolutismus noch verstärkt. Erst im 19. Jahrhundert "hat eine von innen kommende Bewegung in Wissenschaft und Leben" das durch die absolute Trennung drohende "Ende der Kulturentwicklung" durch die Hinwendung zum deutschen Recht verhindert[46].

Nicht an "das deutsche Recht in seiner mittelalterlichen Gewandung" wird dabei angeknüpft, sondern an "das deutsche Recht in seinem unsterblichen Gedankengehalt". "Vom germanischen Rechtsgeist also, ... empfangen wir die Mahnung, der sozialen Aufgabe" des Privatrechts eingedenk zu sein[47].

III. Legitimation durch die Gegenwartsprobleme

1. Theoretische Erkenntnisse

"Doch haben geschichtsphilosophische Erwägungen nur sekundären Wert. Hier sind es packendere und zwingendere Beweggründe, die uns zu einer entschiedenen Stellungnahme auffordern. Das oberste Gebot für eine Nation ist das der Selbsterhaltung"[48]. Diese ist gefährdet, weil der "gesellschaftliche Körper" zur Zeit "von einer inneren Bewegung" durchbebt wird, "deren Fortgang über Sein oder Nichtsein unserer Kultur entscheiden mag"[49]. "Im Schosse der Gesellschaft" lauern "unbeschwichtigte Gefahren furchtbarer Art"[50]. Die grösste Gefahr "erleben wir in dem, was wir soziale Frage nennen!"[51].

45 Soziale Aufgabe S. 6; ähnlich Entwurf S. 11, 108; Deutsches Privatrecht I, S. 28; Grundzüge S. 179; Naturrecht S. 30.
46 Soziale Aufgabe S. 7 f.; ähnlich Jugend und Altern S. 208 ff., 223; Deutsches Privatrecht I, S. 29; Grundzüge S. 179.
47 Soziale Aufgabe S. 12; ähnlich Deutsches Privatrecht I, S. 24.
48 Bodenbesitzverteilung S. 170.
49 Entwurf S. 3.
50 Soziale Aufgabe S. 8.
51 Deutsches Privatrecht I, S. 122 Anm. 40.

Diese lässt sich nur lösen, wenn "eine Gesundung der wirtschaftlichen Verhältnisse"[52] erreicht wird. "Dazu aber gehört ein harmonisches Verhältnis der einzelnen Berufs- und Wirtschaftszweige". Die Rechtsordnung ist dazu berufen, "den Ausgleich unter den verschiedenen Wirtschaftsfaktoren" zu sichern, "indem sie jedem das Seine" und nicht allen das Gleiche gewährt[53]. Sie muss mithelfen, eine "heilsame soziale Ordnung", nämlich den sozialen Ausgleich, wiederherzustellen[54], was nur möglich ist, "wenn wir uns mit dem aufstrebenden Gemeinschaftsgeist erfüllen und aus ihm heraus Staat und Recht, Sitte und Wirtschaft sozial zu gestalten verstehen"[55]. Denn "der sozialen Revolution ist nur durch die soziale Reform zu entgehen"[56].

2. Praktische Betätigung

Gierke engagierte sich in verschiedenen sozialpolitisch tätigen Vereinigungen, die das wesentliche Problem der Gegenwart in der "sozialen Frage" und deren Lösungsmöglichkeiten sahen[57]. Er betätigte sich im Verein für Sozialpolitik, dessen Mitglieder als Kathedersozialisten bezeichnet wurden[58]. Er nahm an den Tagungen des evangelisch-sozialen Kongresses teil[59] und er wirkte in der Bewegung für Bodenreform mit[60].

Die praktische Bedeutung, die Gierke seiner Tätigkeit in diesen Gremien beimisst, kann aus den Einleitungsworten des Vorsitzenden der Verhandlungen des Vereins für Sozialpolitik von 1893 ersehen werden[61]. Er führt darin aus: "Es ist nicht unsere Aufgabe, einseitig dem einen oder anderen Klasseninteresse zu schmeicheln ... wir suchen die Linie zu finden, auf der der soziale Fortschritt möglich ist ... Wir suchen nach der Wahrheit, die dem praktischen Leben frommt". Der Verein tritt daher gemäss seinem Programm "für die Hebung der unteren Klassen" ein. Darum sehen wir "in der heutigen Arbeiterbewegung ... nicht wie viele Besitzende bloss ein Unglück, eine Unbequemlichkeit, etwas das man nur zu bekämpfen habe", denn sie

52 Ebd. S. V.
53 Bodenbesitzverteilung S. 170.
54 Deutsches Privatrecht I, S. IV.
55 Soziale Aufgabe S. 9.
56 23. Juristentag II, S. 21.
57 Wolf S. 689, 704.
58 Zur Tätigkeit des Vereins für Sozialpolitik vgl. Boese, Geschichte des Vereins für Sozialpolitik 1872-1932, über Gierke insbes. S. 57, 69. Zur fälschlichen Bezeichnung Mengers als "Kathedersozialist" siehe vorn S. 9 Anm. 65.
59 Zur Tätigkeit des evangelisch-sozialen Kongresses vgl. Bericht der evangelisch-sozialen Kongresse ab 1890. Dazu vgl. Heuss, Naumann.
60 Damaschke, Bodenreform, 1. Aufl. 1902, benutzt 10. Aufl. 1915. Brief Gierkes von 1912, S. 225.
61 Gustav Schmoller an den Verhandlungen von 1893, Verhandlung des Vereins für Sozialpolitik 58, S. 2-4.

ist "eine notwendige historische Folge unserer geistigen und wirtschaftlichen Entwicklung". Sie fordert mit Recht "eine Berücksichtigung ihrer Interessen". Dies ist ein Fortschritt, aber er kann unsere Kultur vernichten, wenn er nicht in die richtigen Bahnen geleitet wird. Der Weg, der den Fortschritt sichert, ist der Weg des sozialen Ausgleichs.

3. Auswirkungen auf die Rechtsordnung

Das Recht muss nach Gierkes Auffassung den wirklichen Verhältnissen entsprechen, es "ist dazu da, sich dem Leben anzuschmiegen". Niemals darf es daher an der Wirklichkeit vorbeigehen[62]. Diese erfordert dringend den sozialen Ausgleich, was bedeutet, dass nur ein soziales Recht ihr angemessen ist. Ein soziales Recht ist ein modernes Recht. Zwar kann das Recht allein den sozialen Ausgleich nicht bewirken, denn es ist nur eine von mehreren gesellschaftlichen Funktionen, die dazu berufen sind. Es kann aber einen wesentlichen Teil zu ihrer Harmonisierung beitragen.

Eine soziale Rechtsordnung beinhaltet auch ein Privatrecht, welches der "sozialen Aufgabe eingedenk" ist[63], welches sich bewusst ist, dass es im Rahmen seiner Möglichkeiten den sozialen Ausgleich fördern muss. "Unser Privatrecht wird sozialer sein oder es wird nicht sein"[64], denn "unverkennbar hat bereits ein durch unsere moderne Gesetzgebung hindurchgehender sozialer Zug auch dem Privatrecht ein verändertes Gepräge verliehen". Die deutsche Privatrechtskodifikation jedoch kann und will diese Entwicklung nicht erkennen. Sie sucht das Privatrecht "rein" von "sozialpolitischen" Normen zu halten. Dabei kann das Herabsinken des Privatrechts zur Bedeutungslosigkeit nur verhindert werden, wenn es das Sozialrecht in sich aufnimmt und Individual- und Sozialrecht miteinander verknüpft[65].

Nur ein soziales Recht kann nach Gierkes Ansicht die notwendige soziale Harmonie fördern und damit der gegenwärtigen und der zukünftigen Lebenswirklichkeit gerecht werden. Weil er im deutschen Recht die wesentlichen Merkmale eines sozialen Rechts verwirklicht sieht, fordert er ein Recht, das den Grundsätzen des deutschen Rechts entspricht[66].

62 19. Juristentag II, S. 226; ähnlich Entwurf S. 103, 324.

63 Soziale Aufgabe S. 12.

64 Ebd. S. 34.

65 Ebd. S. 12 f.

66 Gierke bezeichnet das deutsche Recht als soziales Recht, weil es die Harmonie mit den anderen gesellschaftlichen Funktionen herstellt und weil es diese Harmonie auch innerhalb der Rechtsordnung selbst verwirklicht. Die Feststellung Janssens, S. 64 f., erfasst nur die eine Seite dessen, was Gierke unter dem sozialen Charakter des deutschen Rechts versteht.

4. Kapitel: Gleichstellung von deutschem und sozialem Recht

I. Die Grundgedanken des deutschen Rechts

1. Einleitung

Die Gleichstellung von deutschem und sozialem Recht ist richtig, wenn sich im deutschen Recht eine besondere Harmonie zwischen dem Recht und anderen sozialen Funktionen feststellen lässt.

Gierke selbst führt nicht unmittelbar aus, welche besonderen Eigenschaften das deutsche Recht aufzuweisen hat, die eine solche Schlussfolgerung zulassen. Hingegen versucht Eugen Huber in einer ausführlichen Besprechung des ersten Bandes von Gierkes "Deutschem Privatrecht"[1] diese herauszuarbeiten. Gierkes Einverständnis mit Hubers Ergebnissen ergibt sich einerseits daraus, dass die einzelnen von Huber erläuterten Grundsätze von Gierke selbst in den verschiedensten Arbeiten als Grundbegriffe des deutschen Rechts bezeichnet werden[2]. Andererseits aus einem Brief Gierkes an Huber, in dem er sich für den Aufsatz bedankt. Er schreibt darin: "Ich freue mich, dass Sie in der Grundauffassung ... von dem Eigenwert des deutschen Rechts ... so wesentlich mit mir übereinstimmen"[3]. Daher ist es durchaus zulässig, der Darstellung von Gierkes Verständnis der Grundgedanken des deutschen Rechts den Aufsatz Hubers zugrunde zu legen.

Es gilt festzustellen, welche Eigenschaften sie als dem deutschen Recht wesentlich erkennen, welche Grundsätze "dem deutschen Rechtsgedanken mit einer besonderen Kraft anhaften", Grundsätze, "die in allen wichtigeren Instituten wiederkehren, die durch ihr regelmässiges Auftreten der Rechtsordnung einen eigentümlichen Charakter verleihen"[4].

1 Huber, Deutsches Privatrecht, in: Schmollers JB NF 20 (1896) S. 93-163.
2 Siehe hinten Fussnoten zu den einzelnen Grundbegriffen.
3 Brief an Huber vom 21. Mai 1896.
4 Huber, Deutsches Privatrecht S. 103.

2. Der ethische Charakter des deutschen Rechts

"Das deutsche Volk ist von jeher darauf ausgegangen, seine ethischen Anschauungen in die Rechtsordnung aufzunehmen", was aber nicht heisst, "dass es nicht zwischen Ethos und Recht unterschieden hätte", sondern, "dass was aus dem Ethos als Recht und Pflicht des Einzelnen für sich selbst im Verhältnis zu Anderen anzuerkennen sei, soweit möglich auch in die äusseren Rechtsgebote aufgenommen werden müsse"[5]. Wesentlich war, "dass sich die Rechtsordnung so wenig wie möglich von den Grundlinien der sittlichen Gebote" entfernte. Unbeachtet blieb der Umstand, dass die Rechtsregel sich dadurch möglicherweise "komplizierte" oder ihre Anwendung sich erschwerte[6].

Diese ausgesprochen weit gehende Berücksichtigung ethischer Anschauungen beruht auf einer grundsätzlichen Gesamtauffassung der Rechtsordnung überhaupt, "in der jeder einzelne als treues, dienendes und verantwortliches Glied vorgestellt" wird. Daraus resultiert "die Neigung und Fähigkeit", jede Rechtsbildung aus der "Einheit der Rechtsordnung" abzuleiten. Die besondere Rücksichtnahme auf die Interessen der Gesamtheit ist bei allen Rechtsinstituten und Rechtsverhältnissen zu erkennen[7]. "Aus der auf das Ganze gerichteten Betrachtung, aus dem Verständnis für die gesamte und vereinte Wirkung alles gesellschaftlichen Zusammenlebens" ist auch "die Heranziehung des Ethos zur Bildung der äusseren Regel der Rechtsordnung" zu verstehen[8].

Betrachtet Huber die Materien, in denen sich die besonderen ethischen Tendenzen des deutschen Rechts äussern, lassen sich "fünf Beziehungen unterscheiden, die unter sich freilich wiederum in engem Verhältnis stehen, immerhin aber von hinreichend verschiedener Art sind, um als ethische Grundbegriffe in der deutsch gedachten Rechtsordnung hervorgehoben werden zu können: Die Pflicht als sittliches Korrelat der Berechtigung, die Treue, die Beständigkeit, die Billigkeit und die Verantwortlichkeit"[9]. Diese fünf Begriffe sind immer wiederkehrend in allen Rechtsinstituten zu finden, so dass man in ihnen "jene Beziehung des Ethos zur Rechtsordnung" erkennen kann[10].

5 Ebd. S. 103, ähnlich 115; Gierke, Genossenschaftsrecht II, S. 32 f.; ders., Humor S. 12; ders., Jugend und Altern S. 226 f.; ders., Entwurf S. 79.
6 Huber, Deutsches Privatrecht S. 116.
7 Ebd. S. 132; Gierke, Soziale Aufgabe S. 6, 8.
8 Huber, Deutsches Privatrecht S. 133.
9 Ebd. S. 116.
10 Ebd.

3. Die einzelnen ethischen Grundbegriffe

Im deutschen Recht besteht ein enger Zusammenhang zwischen Recht und Pflicht. Dabei ist die Pflicht nicht "im Sinne der dem subjektiven Recht entsprechenden Pflicht des Gegners" zu verstehen, "sondern als sittliche Pflicht des Berechtigten". Sie steht innerhalb des subjektiven Rechts, so dass im deutschen Recht "kein Recht ohne Pflicht und keine Pflicht ohne Recht" denkbar ist[11].

Der zweite ethische Gedanke, der im deutschen Recht Verwirklichung findet, ist der "Gedanke der Treue". Die typisch deutsche Ausgestaltung des Treuegedankens ist das "gegenseitige Vertrauen". Es äussert sich in der unbedingten "Hingabe an die in Recht und Pflicht das Richtige fordernde und bietende Stimme des Gemüts". Die ethische Rechtsordnung baut in derartigem Ausmass auf die Treue, dass sie den Gewalthaber ohne Schaden mit einer Macht ausrüsten kann, die eigentlich die Rechte des Gewaltunterworfenen verletzt, denn durch die Treue ist der Gewalthaber genügend gebunden[12].

Das dritte ethische Moment des deutschen Rechts "steht wie die Treue mit der Pflicht" seinerseits mit der Treue in engem Zusammenhang. Denn es ist nur eine "besondere Anwendung des Treuegedankens, wenn nach deutscher Auffassung ein einmal vorhandenes Recht als stetig fortdauernd gedacht und ein gegebener Rechtszustand ängstlich gewahrt wird". "Die Beständigkeit", die im deutschen Recht wahrzunehmen ist, ergibt sich aus dem Verständnis der Rechtsordnung als einer "ewigen, von Gott gesetzten Ordnung, an die der einzelne nicht tasten soll"[13].

Das vierte ethische Moment der deutschen Rechtsordnung ist die Billigkeit. "Sie zeigt sich in gewissem Sinn bereits in der Forderung des objektiven Rechts". Vor allem waren es jedoch "von jeher die einzelnen Rechtsverhältnisse, die ihre Beurteilung nicht ausschliesslich unter den Regeln des objektiven Rechts, sondern unter wesentlicher Heranziehung der Billigkeitserwägungen erfahren haben". Dabei bleibt die Billigkeit ein Stück der Rechtsordnung, sie steht nicht daneben oder ausserhalb. "Aber sie stellt sich gegenüber dem strengen Recht als diejenige Äusserung der Rechtsordnung dar", welche die Fehler des objektiven Rechts "nach dem Bilde einer besseren, d.h. mit dem sittlichen Geist harmonierenden Gerechtigkeit ausgleicht und gegenüber dem durch das unmittelbare Recht geschützten Gut des Einzelnen, das höhere Gut des sittlichen Empfindens verteidigt". Insofern entspricht die deutschrechtliche Billigkeit "dem Ethos als einer Äusserung des vernünftigen Bewusstseins in ganz besonderem Grade"[14]. Die römischrechtliche, praetorische

11 Ebd. S. 116 ff., 132; Gierke, Genossenschaftsrecht II, S. 36, 130; ders., Entwurf S. 183; ders., Soziale Aufgabe S. 14; ders., Deutsches Privatrecht I, S. 255.

12 Huber, Deutsches Privatrecht S. 121; Gierke, Genossenschaftsrecht I, S. 96 ff.; ders., Humor S. 12; ders., Recht und Sittlichkeit S. 8.

13 Huber, Deutsches Privatrecht S. 122 f.; Gierke, Jugend und Altern S. 211.

14 Huber, Deutsches Privatrecht S. 123 f.; Gierke, Deutsches Privatrecht I, S. 286, 303, 320, 389, 811, 887 ff., Beispiele zitiert nach Huber.

"aequitas", die das strenge Recht korrigierte und ergänzte, hatte zwar die gleiche Funktion wie die deutschrechtliche Billigkeit. "Aber da diese Korrektur unter Festhaltung einer strengeren Scheidung der äusseren Regel von der Moral erfolgte", die aequitas als ausserhalb der Rechtsordnung stehend betrachtet wurde, "ist sie trotz der übereinstimmenden Funktion" mit der deutschen Billigkeit nicht zu vergleichen[15].

Eine fünfte Äusserung der ethischen Grundanschauung des deutschen Rechts ist die "Verantwortlichkeit für das eigene Tun und den daraus folgenden Schaden". Das deutsche Recht geht nicht vom "Standpunkt des berechtigten oder verpflichteten Subjekts aus", sondern von der höheren Warte "der Sorge um eine allseitig gerechte objektive Ordnung". Es regelt die Verantwortlichkeit auf dieser Grundlage sowohl "in Bezug auf die Haftung aus Rechtsgeschäften", als auch "bei der Haftung für Schädigung ausser Vertrag". Daraus ergibt sich für das deutsche Recht das Prinzip der "Haftbarkeit für blosse Verursachung ohne jede Schuld, in den Fällen, wo die Billigkeit oder eine angemessene allgemeine Rechtsordnung es zu verlangen scheint"[16].

II. Das deutsche Recht nach heutigem Forschungsstand

1. Allgemein

Voraussetzung für die Annahme eines besonderen Charakters des deutschen Rechts "ist die Überzeugung, es gebe bestimmte Ideen, Begriffe und Rechtsinstitute, die germanisch-deutsch genannt werden könnten", mit anderen Worten, der Glaube an einen "deutschen Volksgeist"[17]. Diese Voraussetzung war in der Rechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts unbestritten, ja sie war geradezu eine Selbstverständlichkeit für die Vertreter der historischen Rechtsschule.

Man hat aber übersehen, dass der Versuch, bestimmte "Wesenselemente deutschen Volkscharakters" zu finden, welche entscheidend für die Gestaltung des deutschen Rechts gewesen sind, zumindest zwei Fehlerquellen in sich bergen kann. Einerseits ist es bei diesem Vorgehen möglich, bestimmte Erscheinungsformen des Rechts zu typisch deutschen Wesenselementen zu erklären, die in anderen, nicht untersuchten Kulturen, ebenfalls nachzuweisen wären. Andererseits kann es "fast unausweichlich zu einer verdeckten Quelleninterpretation führen", so dass Regelungen, welche für die Gegenwart wünschenswert erscheinen, in der Vergangenheit gesucht und gefunden werden[18].

15 Huber, Deutsches Privatrecht S. 124.
16 Ebd. S. 128 ff.; Gierke, Soziale Aufgabe S. 25; ders., Entwurf S. 105; ders., Schuld und Haftung insbes. S. 12 ff.
17 Gierke, Vorlesung; Stolleis S. 14, 23 ff.
18 Stolleis S. 15; Spellenberg S. 32.

Die von Gierke und Huber dargestellten Grundgedanken des mittelalterlichen, germanisch-deutschen Rechts, waren von der Rechtswissenschaft im allgemeinen anerkannt[19]. Lange Zeit musste daher der Eindruck entstehen, dass die wissenschaftliche Beschäftigung mit dem mittelalterlichen Recht kaum mehr zu neuen Erkenntnissen führen könne[20]. In den letzten Jahren hat sich die Forschung jedoch wieder intensiver der Zeit des Früh- und Hochmittelalters zugewandt. Dabei wurde versucht, die beiden oben genannten Fehlerquellen so weit wie möglich auszuschalten. Teilweise gelangte diese Forschung zu neuen, sehr oft aber auch zu kontroversen Resultaten.

Einige der Eigenschaften, die von Gierke und Huber als allein dem frühen deutschen Recht spezifisch bezeichnet wurden, sind ebenfalls erneut ins Zentrum des Interesses gerückt. Namentlich zu den drei ethisch bedingten Grundbegriffen der Treue, der Beständigkeit und der Verantwortlichkeit liegen verschiedene Untersuchungen vor.

2. Einzelne ethische Grundbegriffe

Insbesondere um die deutsche Treue ist eine ausgedehnte wissenschaftliche Auseinandersetzung entbrannt. František Graus beschäftigt sich in einem Aufsatz mit der germanisch-deutschen Treue[21]. Darin kommt er zum Schluss, dass es eine "typisch germanische Treue nicht gibt"[22], sondern dass die germanischen Völker, wie alle anderen Völker auch, nur einen allgemeinen, ethischen Treuebegriff kennen würden[23]. Diese "primitive Vorstellung", die sich in der Gefolgstreue manifestiere, sei unter kirchlichem Einfluss grundsätzlich umgestaltet worden[24]. Walter Schlesinger hat Graus mit Nachdruck widersprochen[25]. Dieser hat jedoch auch in der Replik seine Haltung bekräftigt, indem er nochmals festhält, dass es "bei den Germanen, wie bei andern Völkern auch, ... eine allgemeine Treueforderung gab ..."[26]. Klaus v. See

19 Osenbrüggen, Der ethische Faktor im altdeutschen Recht, 1881; Kern, Recht und Verfassung im Mittelalter, 1919; Merk, Der Gedanke des gemeinen Besten, 1934; ders., Wachstum und Schöpfung im germanischen Recht, 1937; Fehr, Recht in der Dichtung, 1939; ausserdem wird die gleiche Haltung auch in den einschlägigen Lehrbüchern der deutschen Rechtsgeschichte vertreten, so beispielsweise Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte I, 2. Aufl. 1906; Schwerin/Thieme, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte 4. Aufl. 1950; Fehr, Deutsche Rechtsgeschichte 6. Aufl. 1962. Eine ganz andere Ansicht vertritt Max Weber, Römisches Recht und deutsches Recht, 1895.

20 Schott S. 1.

21 Graus, Germanische Treue, 1959.

22 Ebd. S. 120.

23 Ebd. S. 107.

24 Ebd. S. 120.

25 Schlesinger, Randbemerkungen zu drei Aufsätzen, 1963.

26 Graus, Herrschaft und Treue, 1966, S. 34.

konnte auch in den frühmittelalterlichen nordischen Rechten keinen Nachweis für eine besondere germanische Treue finden[27]. Karl Kroeschell kommt in seiner Untersuchung[28] ebenfalls zu dem Ergebnis, dass die deutsche Treue, verstanden als "horizontale, vom Ethos der Hingabe und Verlässlichkeit erfüllte Treuebindung", die "Glutwärme germanischer Treue" dem deutschen Recht nicht immanent zu sein scheine[29]. Denn die Treue in einer gegenseitigen Bindung von zwei gleichberechtigten Partnern habe keinen ethischen, sondern einen formalen Charakter. Handle es sich dagegen um eine Bindung zwischen Untergebenem und Herrn, beruhe der Gedanke der Treue nicht auf altem germanisch-deutschem, sondern auf christlichem Gedankengut[30].

Die Beständigkeit als hervorstechende Eigenschaft des germanisch-deutschen Rechts fand in der schlagwortartigen Formulierung Fritz Kerns "vom guten alten Recht" den prägnantesten Ausdruck. Es galt als gesicherte Erkenntnis, dass sich das mittelalterliche Recht allein durch sein Alter legitimieren könne. Auch dieser Vorstellung ist inzwischen widersprochen worden. Bereits v. See[31] hat darauf hingewiesen, dass die Auffassung vom Recht als Gewohnheit und Sitte nichts eigentümlich Germanisches sei. Vielmehr handle es sich um eine Erscheinung in der Frühgeschichte jeglichen Rechts[32]. Gerhard Köbler kommt in seiner eingehenden sprachorientierten Studie[33] zu dem Schluss, dass die von ihm verwendeten frühmittelalterlichen Quellen "keinen einzigen Beleg für den Sachinhalt gutes altes Recht" ergäben. Die Rechtsregel brauche sich weder durch Alter noch durch Güte zu legitimieren[34]. Köblers Ergebnissen ist im wesentlichen nur aus methodischen Gründen widersprochen worden[35]. Karl Heinz Burmeister stellt dazu fest, dass es kaum möglich sein werde, in schriftlichen Äusserungen das bei allen jungen Völkern vorhandene traditionalistische Rechtsdenken nachzuweisen, weil es gerade ein Merkmal der schriftlosen Rechtskultur darstelle[36]. Gerhard Dilcher[37] beschäftigt sich mit dem Spannungsverhältnis, welches sich durch das Aufeinandertreffen von traditionalistischer Rechtsordnung und starkem sozialem Wandel in der Zeit des frühen Mittelalters ergibt. Der in den meisten Leges[38] verwendete Begriff der

27 v. See, Altnordische Rechtswörter, 1964, S. 204-221.
28 Kroeschell, Treue in der deutschen Rechtsgeschichte, 1970.
29 Ebd. S. 472, 487.
30 Ebd. insbes. S. 477 f., 486 f. Die Untersuchung von H.W. Strätz, Treu und Glauben, ist für diesen Bereich nicht mehr einschlägig, da sie erst mit dem 13. Jh. einsetzt.
31 v. See S. 73-102.
32 Ebd. S. 74.
33 Köbler, Recht im frühen Mittelalter, 1971.
34 Ebd. S. 223.
35 Dilcher, Rezension; Schott S. 25, 32.
36 Burmeister, Weistumsforschung S. 81.
37 Dilcher, Gesetzgebung, 1977.
38 Zur Terminologie vgl. Schott S. 4.

"renovatio" erscheine daher typisch für diese Zeit. Er sei bewusst eingefügt und bedeute nicht nur eine Reform oder bloss Überarbeitung einer schon vorhandenen Textmasse, sondern sehr eigenständige Rechtssetzung. An der "Stammesgewohnheit als Grundlage der Rechtsaufzeichung" werde jedoch in den Leges immer festgehalten[39]. Die Wende von einer archaischen, mündlich tradierten Rechtsordnung zur mittelalterlichen Kultur werde im Renovationstopos deutlich[40].

Gierke und Huber haben als weiteres Grundelement des germanisch-deutschen Rechts die Verantwortlichkeit festgestellt, welche sich in der Haftung für blosse Verursachung manifestiere. Auch diese Problematik ist in den letzten Jahren in verschiedenen Untersuchungen wieder berührt worden. Für Ekkehard Kaufmann[41] stellt sich ein grosser Teil der mittelalterlichen Haftungsfälle als Gefährdungshaftung dar[42]. Anhand der Regelung der Tierhalterhaftung in mehreren Leges belegt er, dass die einzelnen Formen der Haftung in den verschiedenen Rechten sehr mannigfaltig ausgestaltet seien[43]. Im weiteren stellt er fest, dass im hohen und späten Mittelalter die Haftung im allgemeinen verschärft werde. Aus den Quellen dieser Zeit seien daher nur bedingt Rückschlüsse auf die Zustände des frühen Mittelalters zulässig[44]. Paul Mikat kann in den angelsächsischen Rechtsquellen zwar Beispiele für Erfolgshaftung nachweisen, aber keinen Beleg dafür finden, dass diese ausschliesslich gegolten habe[45]. In der Untersuchung über das Sklavenrecht von Hermann Nehlsen[46] wird auch das Problem der Haftung des Herrn für Unrechtstaten seiner Sklaven behandelt. Nehlsen stellt fest, dass die Herrenhaftung in den vier untersuchten Rechten eine durchaus unterschiedliche Ausgestaltung erfahren habe. Sie reiche von der Haftungsbefreiung des Herrn durch Auslieferung des Sklaven in den ostgotischen Quellen[47] bis zu einer äusserst strengen Herrenhaftung in den Leges Langobardorum[48]. Hans-Peter Benöhr kommt auch bei der Untersuchung des Sachsenspiegels[49] zu ähnlichen Resultaten. Er ist der Meinung, dass der "Mythos der Verlässlichkeit" des 19. Jahrhunderts nicht zu belegen sei. Gierke habe indessen in einem Punkt recht gehabt. Immerhin hätte die mittelalterliche Ausgestaltung der Haftung "Anregung für die Regelung moderner Probleme liefern können"[50].

39 Dilcher, Gesetzgebung S. 32.
40 Ebd. S. 32 ff.
41 Kaufmann, Erfolgshaftung, 1958.
42 Ebd. S. 84.
43 Ebd. S. 88 ff.
44 Ebd. S. 93, 108.
45 Mikat, Erfolgshaftung, 1963.
46 Nehlsen, Sklavenrecht, 1972.
47 Ebd. S. 133 ff.
48 Ebd. S. 378 ff.
49 Benöhr, Erfolgshaftung, 1975.
50 Zur Frage, warum das 19. Jh. diese Lehren nicht gezogen hat vgl. Benöhr, Zur ausservertraglichen Haftung im Gemeinen Recht.

Die These, die dem deutschen Recht eine besonders ausgeprägte Billigkeit zuspricht, ist bis heute noch nicht Gegenstand einer umfassenden Untersuchung gewesen. Nach den bisher vorliegenden Ergebnissen ist anzunehmen, dass der Gedanke der Billigkeit im Laufe des 6. Jahrhunderts im germanischen Recht zu wirken beginnt. Träger dieser Entwicklung könnte das im römischen Gewand auftretende Kirchenrecht sein, welches während des ganzen Mittelalters für die Durchsetzung des Billigkeitsgedankens eintritt[51].

Über das besondere Verhältnis von Recht und Pflicht existiert ebenfalls keine eingehende Untersuchung[52]. Indessen scheint eine Wurzel der engen Verbindung von Recht und Pflicht im christlichen Gedankengut zu liegen. Denn das Gedicht "Vom Rechte", welches von Fehr als Beleg für die enge Verknüpfung von Recht und Pflicht angeführt wird[53], erweist sich als stark kirchlich beeinflusst. Bei dessen Autor dürfte es sich nämlich um einen Geistlichen handeln, der die Rechte und Pflichten des christlichen Menschen schildert[54].

3. Schlussfolgerung

Die neuere Leges-Forschung befindet sich weiterhin im Fluss und soweit Ergebnisse vorliegen, sind diese keineswegs unbestritten. Im weiteren ist zu berücksichtigen, dass in Anbetracht der Quellenlage Aussagen über das frühmittelalterliche Recht im allgemeinen nur Annäherungswert beanspruchen dürfen.

Dennoch kann die Theorie, welche dem germanisch-deutschen Recht einen besonders ausgeprägten und von allen anderen Rechtsordnungen verschiedenen ethischen Charakter zugesprochen hat, als widerlegt angesehen werden. Tatsächlich sind zwar in den Quellen etliche Bindungen nachweisbar, die ethisch bedingt sein können. Dabei scheint es sich jedoch nicht nur um ein Merkmal des germanisch-deutschen Rechts allein zu handeln. Typisch sein dürften diese Bindungen vielmehr für jede archaische Rechtsordnung überhaupt.

51 Kaufmann, Billigkeit, in: HRG 1, Sp. 431-437, insbes. 434.

52 Kroeschell, Recht S. 329; Hattenhauer, Freiheit und Pflicht S. 257, betont zwar, dass die Pflicht im germanisch-deutschen Bodenrecht nicht mit dem modernen Pflichtbegriff gleichgesetzt werden dürfe, da die Pflicht gleichbedeutend mit Geborgenheit sei und nicht im Gegensatz zur Neigung stehe. Hattenhauer gibt jedoch keine Quellenangaben, die seine Meinung bestätigen.

53 Fehr S. 520, 526.

54 "Vom Rechte", Kleine deutsche Gedichte des 11. und 12. Jh., Hg. v. A. Waag, S. XLV f., 70 ff.

III. Bedeutung für die Theorie des sozialen Rechts

1. Deutsches Recht und soziales Recht

Soziales Recht bedingt eine Harmonie zwischen der Rechtsordnung als ganzer und den anderen gesellschaftlichen Funktionen menschlichen Gemeinlebens und auch eine Harmonie innerhalb der Rechtsordnung selbst. Gierke bezeichnet das deutsche Recht als soziales Recht, weil er diese Harmonie im deutschen Recht verwirklicht sieht. Namentlich die enge Verbindung zwischen Recht und Sittlichkeit scheint seine Ansicht zu bestätigen.

Nach den neuen Untersuchungsergebnissen zu urteilen, ist jedoch diese besonders ausgeprägte Verbindung von Recht und Sittlichkeit in der germanisch-deutschen Rechtsordnung nicht festzustellen. Eine spezielle Harmonie zwischen dem Recht und anderen sozialen Funktionen lässt sich nach dem heutigen Forschungsstand jedenfalls nicht nachweisen. Danach kann die Identifizierung von deutschem und sozialem Recht nicht aufrechterhalten werden[55].

Zu beantworten bleibt die Frage, ob diese Feststellung Gierkes Forderung nach sozialem Recht beeinträchtigt. Mit anderen Worten, es muss abgeklärt werden, ob die historische Legitimation für seine Theorie des sozialen Rechts bestimmend ist, oder ob sie im wesentlichen seine aus der Gegenwart gewonnenen Erfahrungen widerspiegelt, die gegenwartsbezogene Legitimation somit allein genügen kann.

2. Realitätsbezogenheit von Gierkes Rechtsverständnis

Gemäss der Grundidee der historischen Rechtsschule versteht Gierke das Recht als geschichtlich Gewordenes. Er fasst jedoch die Gegenwart nicht vor allem als gewordene sondern als "werdende" auf. Geschichte ist immer Geschehen, das von Menschen geformt wird, denn die menschliche Tat hat "geschichtliche Gestaltungskraft"[56]. "Je weiter das Geistesleben fortgeschritten ist, desto entschiedener greift bewusste Tat ein"[57].

Der Mensch ist durchaus fähig, jede geschichtliche Entwicklung, auch die Rechtsentwicklung, in eine bestimmte Richtung zu steuern. Die Geschichte ist ein Anhaltspunkt für die Festsetzung der Richtung. Primär muss aber die konkrete

55 Eine besondere Beschäftigung mit dem Verhältnis von öffentlichem und privatem Recht, welches Janssen S. 64 f., als massgebend für Gierkes Gleichstellung von deutschem und sozialem Recht ansieht, erübrigt sich hier, da dem deutschen Recht mit dem Dahinfall der behaupteten Harmonie zwischen Recht und Sittlichkeit die Voraussetzung eines sozialen Rechts auf jeden Fall fehlt.

56 Janssen S. 188 ff.; Gierke, Steinsche Städteordnung S. 9; ders., BGB und Erbrecht S. 404.

57 Soziale Aufgabe S. 3; Deutsches Privatrecht I, S. 23.

Lebenswirklichkeit bestimmend sein. Auf die Rechtsordnung bezogen bedeutet Gierkes Haltung die Forderung nach der Verwirklichung eines Rechts, das der Realität voll entspricht, denn das "Recht ist dazu da, sich dem Leben anzuschmiegen, das was im Leben besteht, so zu behandeln, wie dies seiner Natur angemessen ist"[58]. Zwar versucht er immer, dieses Recht auch historisch zu legitimieren, aber der geschichtlichen Forschung "geht die Arbeit für das lebendige Recht der Gegenwart vor"[59].

In der ganzen BGB-Kritik wiegt der Vorwurf am schwersten, dass die deutsche Privatrechtskodifikation an der Realität vorbeigeht, dass sie sich weder um die Gegenwart noch um die Zukunft kümmert. Sie stellt lediglich eine Aufzeichnung des Pandektenrechts dar. Sie ist nichts als die Darstellung des historisch Gewordenen, somit keine geschichtliche Tat[60].

Gierkes Theorie des sozialen Rechts beruht auf seiner philosophischen Erkenntnis der fortschreitenden Differenzierung und notwendigen Harmonisierung des gesellschaftlichen Lebens. Legitimiert wird sie sowohl durch die geschichtliche Erfahrung als auch durch die konkrete gesellschaftliche Realität. Nach seinen eigenen Worten sind jedoch dabei historische Erwägungen nur von "sekundärem Wert"[61]. Wichtiger ist ihm vielmehr, dass nur ein nach seiner Forderung gestaltetes soziales Recht den "unbeschwichtigten Gefahren furchtbarer Art, die im Schosse der Gesellschaft lauern", begegnen kann[62]. Bedingt werden diese Gefahren von der gestörten Harmonie der verschiedenen sozialen Funktionen. Die Wiederherstellung dieser Harmonie, mit anderen Worten des sozialen Gleichgewichts, ist daher die vordringlichste Aufgabe der Gegenwart. Die Realität erfordert unbedingt ein soziales Recht.

Mit dem Dahinfallen der Gleichstellung von deutschem und sozialem Recht kann das deutsche Recht nicht mehr zur Legitimation von Gierkes Theorie des sozialen Rechts herangezogen werden. Aber nach dem oben Gesagten ist es selbstverständlich, dass seine Forderung nach einem sozialen Recht unabhängig davon bestehen bleibt.

58 19. Juristentag III, S. 226.

59 Brief an Huber vom 28. Juni 1892; ähnlich Genossenschaftstheorie S. VII; Mundt S. 19 macht es sich mit der Feststellung, dass für Gierke nur die rechtspolitische, nicht die historische Argumentation wesentlich sei, zu leicht.

60 Siehe vorn S. 14 f. bei Anm. 3-7.

61 Bodenbesitzverteilung S. 170; Janssen S. 66 f.

62 Soziale Aufgabe S. 8; Janssen S. 202.

5. Kapitel: Soziales Privatrecht im BGB

I. Das BGB[1] in der Gesamtrechtsordnung

Wie das Privatrecht seiner sozialen Aufgabe, nämlich der Förderung des sozialen Ausgleichs gerecht werden kann, hat Gierke in seinen Stellungnahmen zu den Entwürfen des BGB deutlich gemacht[2].

Er muss feststellen, dass weder der erste noch der zweite Entwurf – und somit auch das BGB selbst – soziales Privatrecht enthalten. Es ist überhaupt nicht versucht worden, zwischen dem kodifizierten Privatrecht und den übrigen gesellschaftlichen Funktionen eine Harmonie herzustellen. Im Gegenteil, das Gesetzbuch verstösst "wider die sozialen und wirtschaftlichen Lebensbedingungen unserer gegenwärtigen und zukünftigen Kultur"[3], und dies obwohl es mehr als je die Aufgabe des Privatrechts ist, "den Schwachen gegen den Starken ... zu schützen"[4].

Die "gemeinschaftsfeindliche", ja "antisoziale Richtung"[5] des BGB offenbart sich in der Tatsache, dass die Trennung von öffentlichem und privatem Recht absolut durchgeführt ist, dass es jede "Berührung des öffentlichen Rechts vermeidet". Es hat keinerlei Privatrecht aufgenommen, "welches in sichtbarem Zusammenhang mit dem öffentlichen Recht steht". Die deutsche Privatrechtskodifikation wirkt daher "hohl und kraftlos", denn das Privatrecht ist "inmitten unseres reich belebten öffentlichen Lebens" künstlich isoliert. Sie hat "die gegenseitige Bedingtheit der privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Institutionen", völlig ignoriert und eine Verkehrsordnung aufgestellt, "in welcher sich die sozialrechtliche Gebundenheit des Individuums in keinem Punkte widerspiegelt"[6]. Erreicht worden ist damit nur das Ziel eines "reinen Privatrechts".

Gierke sieht jedoch, dass auch in dieser "scheinbaren Neutralität" zu den "Fragen des staatlichen und gesellschaftlichen Lebens" in Tat und Wahrheit eine Stellungnahme liegt. Indem die deutsche Privatrechtskodifikation "den Zusammenhang zwischen der Daseinsordnung des Einzelnen und der Ordnung des Gemeinlebens verleugnet", unterstützt sie alle Tendenzen, "die an der Zersetzung unseres Volkskörpers arbeiten"[7].

1 Der Einfachheit halber wird im folgenden Kapitel die Bezeichnung "BGB" auch für die beiden Entwürfe verwendet, wenn nicht aus dem Textzusammenhang die genaue Bezeichnung nötig ist.
2 Siehe vorn S. 14 ff.
3 Entwurf S. 123.
4 Soziale Aufgabe S. 23; ähnlich Entwurf S. 3.
5 Entwurf S. 3.
6 Ebd. S. 108.
7 Ebd. S. 109.

Genausowenig wie das BGB eine Verbindung mit dem öffentlichen Recht gesucht hat, war ihm an einer Verbindung von Individual- und Sozialrecht gelegen. Denn dem Sozialrecht, welches von "der Verbundenheit der Subjekte" ausgeht[8], haftet immer die Möglichkeit einer Verbindung mit dem öffentlichen Recht an und diese liesse die Fiktion eines reinen, individualistischen Privatrechts illusorisch werden. Das fehlende Verständnis für die Stellung und Bedeutung des Sozialrechts innerhalb des Privatrechts, sowie die krankhafte Scheu vor einer Berührung mit dem öffentlichen Recht, führt dazu, dass "gerade diejenigen neuesten Gesetze, die mit dem besonderen Namen sozialpolitischer Gesetze bezeichnet zu werden pflegen", nicht in die Kodifikation aufgenommen wurden, sondern als Spezialgesetze verstanden werden[9].

Eine Behandlung bestimmter Stoffgebiete in Spezialgesetzen ist zwar auch nach Gierkes Ansicht nicht unbedingt abzulehnen. Abzulehnen sind jedoch sowohl die Ausscheidungskriterien – alles Privatrecht, das vom "öffentlichen Recht her getrübt und mit öffentlichem Recht vermischt" ist[10], kommt nicht in die Kodifikation – als auch die Art und Weise der Abgrenzung zwischen Kodifikation und Spezialgesetzen, denn anstelle einer "organischen Verbindung" erstrebt man ihre "mechanische Trennung"[11]. In einer sozialen Privatrechtskodifikation müsste jedoch der Gedankenbau "tief genug gegründet und hoch genug gewölbt sein, um alle Sonderrechte" in sich aufzunehmen[12].

Das BGB entspricht nicht den Anforderungen, die an ein modernes, sprich soziales Privatrecht gestellt werden müssen, denn es ist nicht in der Lage, den "sozialen Frieden" zu mehren[13]. Damit entsteht nicht nur die Gefahr der Isolierung und der vollständigen Verkümmerung unseres Privatrechts, sondern auch des Untergangs unserer gesamten Kultur. Ein antisoziales Privatrecht wird durch "den entfesselten Strom des öffentlichen Lebens" überflutet werden, was diejenigen stärken wird, welche das Privatrecht an und für sich beseitigen wollen, diejenigen nämlich, welche eine "sozialistische Zwangsordnung" anstreben[14].

8 Siehe vorn S. 24 bei Anm. 23.
9 Soziale Aufgabe S. 12.
10 Ebd. S. 13.
11 Entwurf S. 100.
12 Soziale Aufgabe S. 13.
13 Reichstag S. 53.
14 Entwurf S. 26; Soziale Aufgabe S. 13.

Gierke meint, dass der Entwurf schon von seinem System her schwerlich soziales Privatrecht enthalten kann, denn er orientiert sich vollständig am "bekannten Pandektensystem". Wie jedes System ist aber auch das "Pandektensystem unvollkommen"[15]. Es beinhaltet zwar eine durchaus brauchbare Systematik zur Regelung des Individualrechts. Das zum Privatrecht gehörende Sozialrecht findet darin jedoch keinen Platz, was für das BGB nicht nur eine mangelhafte Regelung der Gemeinschaftsverhältnisse bedeutet, sondern auch eine Ergänzung des Individualrechts durch das Sozialrecht verunmöglicht[16].

Das Pandektensystem muss daher erweitert werden[17]. Neben einem Allgemeinen Teil, dessen Wert überhaupt fraglich erscheint, soll die Privatrechtskodifikation einen besonderen Teil umfassen[18]. Dieser enthält zunächst ein besonderes Personenrecht, denn das Privatrecht hat in erster Linie die Persönlichkeit des Einzelnen zu gewährleisten und zu schützen[19]. Daran schliessen sich Sachen-, Obligationen-, Familien- und Erbrecht an. Da das Privatrecht ausser den familiären Gemeinschaftsverhältnissen auch noch "gekorene Verbindungen" zu regeln hat, soll nach dem Familien- und Erbrecht ein weiterer Abschnitt, das "Gemeinschafts- und Körperschaftsrecht" folgen[20]. Aus "äusseren Gründen" kann es jedoch ratsam erscheinen, das Körperschaftsrecht bereits innerhalb des Personenrechts zu behandeln[21].

Das mangelhafte System hat zwar nur untergeordnete Bedeutung, denn die Wirkung einer rechtlichen Regelung wird durch deren fehlerhafte Plazierung nicht beeinträchtigt. Wesentlich ist, dass sie in sachlicher Hinsicht ihrem Wesen entsprechend geordnet wird. Negativ bewertet Gierke das System des BGB nur, weil es zugleich Ausdruck der Enge seines Gesichtskreises ist. Vergeblich sucht man im BGB nach Privatrechtsinstituten, welche "den Gedanken der sozialen Bedingtheit allen Individualrechts" verwirklicht haben[22]. Es hat zudem auch gar nicht erkannt, dass die Regelung des inneren Lebens der in den Bereich des Privatrechts fallenden Gemeinschaften nur mit Hilfe sozialrechtlicher Begriffe normiert werden kann. Die im BGB auf Individualrecht basierenden Regelungen der Gemeinschaften sind denn auch durchaus unzulänglich und mangelhaft[23].

15 Entwurf S. 80 f.; ähnlich Deutsches Privatrecht I, S. 107.
16 Siehe vorn S. 26 bei Anm. 37.
17 Entwurf S. 83; Deutsches Privatrecht I, S. 107.
18 Reichstag S. 55; Deutsches Privatrecht I, S. 107.
19 Soziale Aufgabe S. 26; Entwurf S. 83 ff.; Deutsches Privatrecht I, S. 107.
20 Soziale Aufgabe S. 30; Entwurf S. 88; Deutsches Privatrecht I, S. 107.
21 Deutsches Privatrecht I, S. 108 Anm. 4; äusserer Grund ist für Gierke die Tatsache, dass in einem Lehrbuch das "Immobilienrecht ohne vorherige Erörterung des ... Verbandsrechts" nicht verständlich ist.
22 Entwurf S. 93 f.
23 Soziale Aufgabe S. 27 ff.; Entwurf S. 144 ff.; Menschliche Verbände S. 26.

III. Inhalt des BGB

Innerhalb dieses Kapitels kann nur ein summarischer und daher unvollständiger Überblick über die von Gierke zur Verwirklichung eines sozialen Privatrechts geforderten konkreten Änderungen an den Entwürfen des BGB gegeben werden. In den nächsten beiden Kapiteln sollen zwei für die Forderungen Gierkes besonders charakteristische Gebiete im einzelnen behandelt werden.

Zuerst die juristische Person, als Beispiel für einen in den Bereich des Sozialrechts fallenden Abschnitt der Privatrechtskodifikation, und im weiteren der Eigentumsbegriff, als Beispiel für eine individualrechtliche Regelung, die in ganz besonderem Masse der sozialrechtlichen Ergänzung bedarf.

1. Allgemeiner Teil

Der Allgemeine Teil des BGB "zeichnet sich durch Magerkeit aus", vor allem wenn man bedenkt, dass das Personen- und Körperschaftsrecht, welches er enthält, eigentlich als selbständiger Abschnitt aus ihm ausgegliedert werden müsste. Die Regelungen grundlegender Materien leiden "nur zu oft an einer überraschenden Dürftigkeit"[24].

Auch die personenrechtlichen Bestimmungen des Allgemeinen Teils können kaum genügen, denn nur sehr zögernd ist das BGB bereit, die obersten Persönlichkeitsrechte zu garantieren[25]. Dabei muss zumindest die "ausdrückliche Formulierung der Rechtsgleichheit" von einer Privatrechtskodifikation erwartet werden[26]. Ausserdem hätte die "privatrechtliche Handlungsfähigkeit" vom BGB innerhalb des "Personenrechts" geregelt werden müssen. Es kennt aber diesen allgemeinen Begriff gar nicht. Vielmehr behandelt es die "Deliktsfähigkeit im Obligationenrecht" und die "Geschäftsfähigkeit" im Abschnitt über Rechtsgeschäfte, somit im Allgemeinen Teil. Darin "kann eine glückliche Neuerung nicht erblickt werden". Immerhin sind die Bestimmungen über die Geschäftsfähigkeit im allgemeinen zu billigen[27].

Das Recht der juristischen Person im BGB sowie Gierkes Stellungnahme dazu werden im nächsten Kapitel eingehend behandelt.

24 Entwurf S. 133.
25 Ebd. S. 83 ff.; Soziale Aufgabe S. 27.
26 Entwurf S. 140.
27 Ebd. S. 142.

2. Schuldrecht

Zu Recht wird dem Schuldrecht des BGB das in dieser Hinsicht meisterhafte römische Recht zugrunde gelegt. Diese gedankliche Grundlage erweist sich jedoch nur soweit als ausreichend, als es gilt, "vermögensrechtliche Beziehungen zwischen unabhängigen Individuen in ein angemessenes Rechtsgewand zu kleiden"[28].

Es widerspricht jedoch den Forderungen eines sozialen Privatrechts, wenn das Schuldrecht durchwegs so geordnet wird, "als stünden sich dabei nur selbstherrliche Individuen gegenüber, aus deren freier, verantwortlicher Tat Verpflichtungen hervorspriessen". Die Schranken der Vertragsfreiheit sind derart weitgehend beseitigt, dass der Schutz der schwächeren Seite gegen die wirtschaftliche Übermacht nicht gewährleistet ist[29]. Noch schwerwiegender werden die Bedenken seitens eines sozialen Rechts gegen ein Schuldrecht, welches als tragendes Prinzip nur die Vertragsfreiheit kennt, wenn seine Bestimmungen auch auf "vertragsmässig begründete dauernde Bindungen angewandt werden", insbesondere auf die Regelung des Dienstvertrags[30].

Das Recht der Schuldverhältnisse aus unerlaubter Handlung gehört ebenfalls zu den "am wenigsten gelungenen Schöpfungen" des ersten Entwurfs, was vor allem an der missglückten Regelung des Haftpflichtrechts liegt. Diese geht vom Grundsatz aus, "dass alle nicht etwa vertraglich begründete Schadenersatzpflicht lediglich aus Verschulden fliessen kann", der Entwurf kennt also die Haftung aus blosser Verursachung nicht[31]. Der zweite Entwurf bedeutet insofern einen wesentlichen Fortschritt, als er "auch aus unverschuldeter und nicht zurechenbarer Schadenverursachung" unter bestimmten Umständen eine Schadenersatzpflicht entspringen lässt. Aber auch die Regelung des zweiten Entwurfs genügt den modernen Anforderungen an das Haftpflichtrecht nicht[32].

3. Sachenrecht

"Während im Obligationenrecht das Prinzip der Vertragsfreiheit bis an die äussersten Grenzen verwirklicht wird", führt man im "Sachenrecht umgekehrt das Prinzip der absoluten Norm bis zur Vernichtung aller Gestaltungsfreiheit" durch[33].

28 Ebd. S. 184 f.; Reichstag S. 22 f.; Soziale Aufgabe S. 22.
29 Entwurf S. 192; Soziale Aufgabe S. 23 ff.
30 Entwurf S. 104, 192 f., 245 ff.; Soziale Aufgabe S. 24 f. Zu Gierkes Haltung bezüglich des Arbeitsvertrages vgl. insbes. die Ausführungen von Jobs, ausserdem von Mundt S. 58 ff.
31 Entwurf S. 259; Soziale Aufgabe S. 25.
32 Reichstag S. 23 f., 46.
33 Entwurf S. 281, 353.

"Sachenrechte", d.h. dingliche Rechte, "sind nur an Sachen denkbar", wobei unter Sachen im BGB ausschliesslich "körperliche Gegenstände" verstanden werden[34]. Trotzdem können an "unkörperlichen Gegenständen" dingliche Rechte bestehen. Man scheint diese "Rechte durch Fiktion in Naturkörper zu verwandeln"[35]. Ausserdem kennt das BGB weder Gesamtsachen noch Vermögenseinheiten, es versteht sie immer nur als Summe von Rechten[36].

"Durch und durch verfehlt" sind die Bestimmungen über "Besitz und Inhabung" des ersten Entwurfs. Mieter und Pächter nur als Inhaber, nicht als Besitzer zu bezeichnen, "ist eine doktrinäre Gewalttat"[37]. Im zweiten Entwurf ist das Besitzesrecht "ausserordentlich verbessert", indem "Miet- und Pachtbesitz als voll geschützter Besitz" aufgefasst werden[38].

Die Ordnung des Grundbuchwesens ist in ihren Grundzügen zu billigen. Der an einigen Punkten "übersteigerte Grundbuchformalismus" muss jedoch "entschieden bekämpft werden"[39]. Nach dem BGB soll prinzipiell kein dingliches Recht bestehen, welches nicht im Grundbuch eingetragen ist, namentlich können Grunddienstbarkeiten ohne Eintragung weder wirksam bleiben noch neu begründet werden. Eintragungsfähig sind sie nur, sofern ihr Inhalt gesetzlich gebilligt wird[40]. Da die Eintragung von unzähligen kleinen Berechtigungen nicht durchführbar ist und viele auch inhaltlich den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechen, werden zweifelsohne "zahlreiche städtische und ländliche Grunddienstbarkeiten verschwinden"[41]. Das Erfordernis der Eintragung, welches mit "radikaler Konsequenz auf sämtliche dingliche Rechte" angewendet wird, verstösst "gegen die Bedürfnisse des Lebens"[42]. Die "servitutenfeindliche Richtung"[43] des BGB ist durchaus gewollt, denn es strebt das "Ideal eines servitutenfreien Grundeigentums" an. Dabei übersieht es, dass gerade Grunddienstbarkeiten "unentbehrliche und wohltätige Korrekturen des Einzeleigentums an Grund und Boden" darstellen[44].

Rechtsgeschäftliche Übertragung von dinglichen Rechten kann nur durch dinglichen Vertrag erfolgen. Dieser ist vom "materiellen Rechtsgrund der Veräusserung vollständig gelöst". Er ist als "abstrakter Vertrag" vom Rechtsgrund unabhängig. Das Sachenrecht des BGB setzt das Abstraktionsprinzip in voller Strenge durch, der materiell Geschädigte wird auf den obligationenrechtlichen Bereicherungsanspruch

34 Ebd. S. 44, 283.
35 Ebd. S. 283.
36 Ebd. S. 284, 286; Personengemeinschaften S. 106 ff.
37 Entwurf S. 33 f., 294 f.
38 Reichstag S. 27.
39 Entwurf S. 311 f.
40 Ebd. S. 357.
41 Ebd. S. 315 f., ähnlich S. 356.
42 Ebd. S. 315.
43 Reichstag S. 40.
44 Entwurf S. 316.

verwiesen[45]. "Die rücksichtslose Durchführung des Prinzips eines unbedingt wirksamen abstrakten dinglichen Vertrags" bedroht "das materielle Recht"[46].

Gierkes Kritik an den Bestimmungen über Inhalt und Begrenzung des Eigentums im BGB wird im übernächsten Kapitel ausführlich behandelt.

Als Miteigentum wird getreu dem individualistischen Grundprinzip des BGB nur Miteigentum nach Bruchteilen anerkannt[47]. Als Ausnahme sieht der erste Entwurf lediglich die eheliche Gütergemeinschaft und der zweite zusätzlich noch die Erbengemeinschaft als Gemeinschaften zu gesamter Hand vor[48]. "Der Gedanke der Gemeinschaft ist aus diesem Miteigentum bis auf den Grund getilgt". Wiederum zeigt sich die "durch und durch ... antisoziale" Haltung des Gesetzbuches[49].

Weitere Beispiele für die gleiche Tendenz sind die Regeln des Fruchterwerbs, die den Eigentumserwerb durch den Besitzer erst mit der Trennung vollziehen, sowie die mangelhafte Ausgestaltung des Bauhandwerkerpfandrechts. Beide Regelungen lassen den gebührenden Schutz der Arbeit vermissen[50].

Das ganze Sachenrecht des BGB ist darauf ausgerichtet, dem Idealbild eines freien und unbeschränkten Eigentums möglichst nahe zu kommen. Das Eigentum kann daher nur als reines Individualrecht verstanden werden, sozialrechtliche Bindungen werden nicht anerkannt.

4. Familien- und Erbrecht

Das Familienrecht des BGB enthält ebenfalls kein Sozialrecht, "sondern ein verwikkeltes Individualrecht", denn es geht nicht von der Familie als Gemeinschaft sondern von den Individuen aus. Es kennt "auch im Familienrecht nur mechanisch konstruierte Rechtsbeziehungen zwischen isolierten Einzelpersonen", dabei müsste gerade im Familienrecht die Gemeinschaft im Mittelpunkt stehen[51]. Die Mängel wirken sich im persönlichen Eherecht ebenso wie im ehelichen Güterrecht und im Kindesrecht aus[52].

Das soziale Wesen des Erbrechts ist im ersten Entwurf gar nicht und im zweiten nur mangelhaft erkannt[53]. Statt aus der Familie leitet der erste Entwurf "das Erbrecht aus

45 Ebd. S. 281, 313 ff., 335; Reichstag S. 28.
46 Entwurf S. 315.
47 Ebd. S. 350.
48 Ebd. S. 350, 551 f.; Reichstag S. 36.
49 Entwurf S. 351.
50 Ebd. S. 344 f.; Reichstag S. 42.
51 Entwurf S. 393 f.; Soziale Aufgabe S. 27; Reichstag S. 29.
52 Soziale Aufgabe S. 28; Reichstag S. 30 ff.
53 Entwurf S. 505; Reichstag S. 36.

dem über den Tod hinaus wirkenden Willen des Einzelnen" her, ja er geht soweit, die gesetzliche Erbfolge lediglich als subsidiär gegenüber der Erbfolge aus Testament und Erbvertrag herzuleiten[54]. Dabei kann sich das Erbrecht in Zukunft überhaupt nur rechtfertigen, wenn als dessen "Urquell ... der die Individuen einschliessende Zusammenhang der Geschlechterfolgen und daher vor allem das die einzelnen von Rechts wegen ergreifende und ihrer Willkür entzogene Familienband" angenommen wird. Als normaler Typus der Erbfolge muss daher der auf den "personenrechtlichen Verhältnissen kraft gesetzlicher Regel verwirklichte Eintritt in die leergewordene Stelle" gelten. Nur in Ausnahmefällen hat eine gewillkürte Erbfolgeordnung an deren Stelle zu treten[55]. Der zweite Entwurf behandelt die gesetzliche Erbfolge zwar als Regelfall, aber er hat die "Herabdrückung des Pflichtteilsrechts zu einer reinen Geldforderung" nicht beseitigt[56].

Im übrigen fehlt im BGB das für den mittleren und kleinen ländlichen Grundbesitz nötige Sondererbrecht. Aber ein Privatrecht, für das ein Grundstück nur "ein in Kapital darstellbarer Nachlassgegenstand" ist, kann sich der sozialen Bedeutung des Erbrechts vor allem an ländlichen Grundstücken gar nicht bewusst sein[57].

5. Schlussfolgerung

Der Inhalt der beiden Entwürfe und somit auch des BGB entspricht in keiner Weise den Anforderungen, die Gierke an ein soziales und somit der Gegenwart entsprechendes Privatrecht stellt. Unter diesen Umständen muss er der Zukunft des Privatrechts und damit des gesamten gesellschaftlichen Lebens mit Besorgnis entgegensehen[58].

54 Entwurf S. 506 f.; Soziale Aufgabe S. 29 f.
55 Entwurf S. 506 f.; BGB und Erbrecht S. 421.
56 Reichstag S. 36 f.
57 Entwurf S. 566 ff.; BGB und Erbrecht S. 417-429; Bodenbesitzverteilung S. 174; Reichstag S. 37 f.
58 Siehe vorn S. 21 bei Anm. 49.

6. Kapitel: Die juristische Person

I. Historische Entwicklung

1. Einleitung

Die Vereinigung von Menschen zu einer im Rechtsleben relevanten Gemeinschaft ist ein Verband oder eine Genossenschaft[1]. Verbände als Träger von Rechten sind in allen Rechtsordnungen bekannt gewesen.

Im deutschen Bereich begünstigten die politischen und wirtschaftlichen Verhältnisse im Mittelalter die Entfaltung eines mächtigen Genossenschaftswesens. Der Staat war zu schwach, um sein Recht durchzusetzen und um ein Zusammengehörigkeitsgefühl zu wecken. Der Einzelne fühlte sich nicht als Glied eines Staates, sondern als Glied eines engeren Verbandes, als Genosse derjenigen, die mit ihm unter gleichen Bedingungen lebten[2].

2. Die ältere Genossenschaft

Die frühesten Genossenschaften beruhen auf der natürlichen Zusammengehörigkeit. Die Urzelle der sozialen Entwicklung ist die Sippe, die allmählich vom Nachbarschaftsverband und nach der gemeinsamen Landnahme von Dorfschaften und Markgenossenschaften abgelöst wird.

Die Rechtsnatur der älteren Genossenschaft lässt sich mit den heutigen juristischen Begriffen nur mangelhaft beschreiben. In der älteren Genossenschaft kann eine Trennung von Einzelperson und Gesamtheit nicht durchgeführt werden. Sie steht dem Einzelnen nicht als fremder Dritter gegenüber, ein Teil der Persönlichkeit des Genossen steht immer in der Genossenschaftsgesamtheit[3]. Die Genossenschaft ist kein selbständiges, von den sie bildenden Genossen verschiedenes Rechtssubjekt, somit nach heutiger Ausdrucksweise keine juristische Person. Sie ist jedoch auch nicht als blosse Gemeinderschaft zu bezeichnen, da Anhaltspunkte eine beginnende Selbständigkeit erkennen lassen[4].

1 Zum Folgenden vgl. Stradal, Genossenschaft, in: HRG 1, Sp. 1522-1527; Kaufmann, Körperschaft, in: HRG 2, Sp. 1147-1155.

2 Huber, System IV, S. 261; Faust S. 17.

3 Genossenschaftsrecht II, S. 51, 170 ff.; Majoritätsprinzip S. 9.

4 Kaufmann, wie Anm. 1, Sp. 1152.

Im Innenverhältnis kann die Genossenschaft auf Gleichordnung oder auf Unterordnung beruhen. Die freie Genossenschaft geht von der Gleichstellung der Genossen aus. Die Gesamtheit wird als sinnlicher Träger der Genossenschaft angesehen. Die herrschaftliche Genossenschaft untersteht dagegen einem einzelnen Herrn. Er verkörpert die Genossenschaft, wobei zwischen seiner Funktion als sinnlichem Träger des Verbandes und als Einzelperson nicht unterschieden wird[5]. Zwischen den Extremformen der Herrschaft und der Genossenschaft existieren zahlreiche Mischformen[6].

3. Die jüngere Genossenschaft oder Körperschaft

Eine Unterteilung der Verbände in Genossenschaften und Körperschaften ist vor der Rezeption nicht bekannt, es existieren keine gesonderten rechtlichen Begriffe für die verschiedenen Erscheinungsformen von Verbänden. Zur Darstellung der Entwicklung, die tatsächlich stattgefunden hat, ist es jedoch notwendig, mit den von der modernen Rechtswissenschaft geprägten Begriffen zu arbeiten[7].

Eine Körperschaft ist ein Personenverband mit eigener Rechtspersönlichkeit, sie ist ein Verband, der rechtlich nicht mit der Summe seiner Mitglieder identisch ist[8].

Die beginnende Sonderung von Einzel- und Gemeinleben führte dazu, dass die Gemeinschaften vermehrt als Einheit auftraten, deren Interessen mit den Zielen der Einzelnen nicht übereinzustimmen brauchten. Diese neue Einheit musste im Rechtsverkehr manifest werden. Ihre rechtliche Verselbständigung wurde zudem durch die sich verstärkende Fähigkeit zur Abstraktion gefördert.

Der Verband erhält eine eigene Rechtspersönlichkeit, die von derjenigen seiner sinnlichen Träger verschieden ist. Die freie Genossenschaft wird zur Körperschaft, wobei die Sonderung zwischen ihr und ihren Gliedern nicht so ausgeprägt ist, dass sie als ein von ihnen vollständig losgelöstes Rechtssubjekt erscheint[9]. Die sachliche Zusammengehörigkeit löst die natürliche als Grundlage der Gemeinschaft ab. Wesentlich für den Bestand einer Gemeinschaft ist nur deren tatsächliches Wirken als solche.

5 Genossenschaftsrecht I, S. 9, 43 ff.; II, S. 89 ff.; Grundzüge S. 208.
6 Deutsches Privatrecht I, S. 457.
7 Kaufmann, wie Anm. 1, Sp. 1152.
8 Ebd. Sp. 1147.
9 Genossenschaftsrecht II, S. 905 ff., Deutsches Privatrecht I, S. 457 ff.; Steinsche Stadteordnung S. 12; Grundzüge S. 208.

Die Umwandlung der Genossenschaft in die Körperschaft wird zuerst in der Stadt deutlich[10]. Die Wirtschaftsstruktur der Stadt bewirkt eine zunehmende Spezialisierung der Ziele der Gemeinschaft, so dass diese nicht mehr mit den Zielen der Mitglieder identisch erscheinen. Die Interessen der Gesamtheit treten selbständig neben diejenigen ihrer Mitglieder.

4. Die Anstalt

Erhält die unfreie oder herrschaftliche Genossenschaft eine eigene Rechtspersönlichkeit, wird sie zur Anstalt. Entsteht die Körperschaft durch Abstrahierung von einer sichtbaren Gesamtheit, so entsteht die Anstalt durch die Abstrahierung vom sichtbaren Herrn. Man beginnt die Privatpersönlichkeit des Herrn losgelöst von seiner Funktion als Obrigkeit des Verbandes zu verstehen[11].

Doch setzt die Entwicklung der Verselbständigung der herrschaftlichen Genossenschaft, die im ländlichen Bereich die freie praktisch vollständig verdrängt hat[12], wesentlich später ein, als die Verselbständigung der freien Genossenschaft. Die Gründe, die diese zur Ersetzung der sichtbaren Gesamtheit durch ein selbständiges Rechtssubjekt geführt hat, sind bei der herrschaftlichen Genossenschaft nicht vorhanden, denn diese wird nach aussen sowieso von einer Person, dem Herrn, repräsentiert[13].

5. Wirkung von Rezeption und Naturrecht

Mit der Rezeption fand die romanistisch-kanonistische Korporations- und Anstaltstheorie in Deutschland Aufnahme. Auf den ersten Blick sind diese Theorien von den in Deutschland herrschenden Zuständen gar nicht so verschieden. Der Gegensatz zwischen Anstalt und Körperschaft ist bereits bekannt, auch wenn sich diese erst unter dem Einfluss der neuen Korporationstheorie in grundsätzlich unterschiedliche Institute verwandeln[14].

Die Körperschaft wird zur juristischen Person, die man lediglich als Fiktion betrachtet. Ihre Rechtssphäre ist von derjenigen ihrer Mitglieder vollkommen getrennt[15].

10 Genossenschaftsrecht I, S. 310 ff.; II, S. 20, 573 ff.; Deutsches Privatrecht II, S. 376, insbes. Anm. 2; Steinsche Städteordnung S. 12.

11 Genossenschaftsrecht II, S. 958 ff.; Grundzüge S. 208; Deutsches Privatrecht I, S. 458 f.

12 Genossenschaftsrecht I, S. 119, 634 f.; Faust S. 18.

13 Genossenschaftsrecht II, S. 959 ff.

14 Ebd. S. 975 f.; Deutsches Privatrecht I, S. 461.

15 Genossenschaftsrecht III, S. 726 ff.; Deutsches Privatrecht I, S. 459 ff.

Die Anstalt wird allgemein dem vom kanonischen Recht entwickelten Begriff angepasst[16]. Es setzt sich mit der Zeit ein verstärktes Verständnis der Körperschaft als Anstalt durch. Damit verschwindet allmählich "jede aktive Beteiligung der Gesamtheit am korporativen Leben"[17].

Diese Entwicklung, sowie das der übernommenen Korporationstheorie entstammende Konzessionssystem, welches die ursprüngliche allgemeine Körperschaftsfreiheit ablöste, kam der sich in Deutschland anbahnenden Entwicklung zum Obrigkeitsstaat entgegen, denn zahlreiche soziale Gebilde zwischen Individuum und Staatsmacht sind einer direkten Herrschaft immer hinderlich[18]. "Der obrigkeitliche Staat nahm für sich das Monopol der Verbandsgewalt überhaupt in Anspruch"[19].

Das Zeitalter des Naturrechts, in dem das Individuum, in Freiheit und Gleichheit lebend, das Idealbild darstellte, "war allen Zwischenverbänden zwischen Staat und Individuum abhold". Gemeinschaften werden nur als vertragsmässig begründete Gesellschaften verstanden und toleriert[20]. Die Auflösung der überkommenen, in ihren Formen meist völlig erstarrten Genossenschaften und Körperschaften war dadurch besiegelt[21].

6. Die Entwicklung im 19. Jahrhundert

Die Pandektistik übernimmt wieder die Fiktionstheorie. Sie beschäftigt sich im übrigen nicht so eingehend wie die Germanistik mit dem Recht der Personenverbände, das ihr als durchaus nebensächliches Problem erscheint[22]. Dabei hat sich im Laufe des 19. Jahrhunderts immer mehr die Auffassung durchgesetzt, dass die Vereinigungsfreiheit als Korrelat der persönlichen Freiheit zu betrachten ist[23]. Die Privatrechtswissenschaft interessiert sich aber nicht für das sich rasch ausbreitende Vereinswesen[24].

Erst die Germanisten befassen sich eingehend mit der rechtlichen Stellung von Personenverbänden. Die Genossenschaftstheorie, begründet von Beseler und von Gierke zur Vollendung gebracht, versucht das Verständnis der Bedeutung des Rechts der Personenverbände für die Privatrechtsordnung zu wecken[25]. Die Genossenschaftstheorie ist "der Versuch eines totalen Neubaus der gesamten Lehre vom rechtlichen Wesen der Verbände"[26].

16 Deutsches Privatrecht I, S. 636.
17 Genossenschaftsrecht III, S. 785 ff.
18 Deutsches Privatrecht I, S. 461; Steinsche Städteordnung S. 15 ff.; Grundzüge S. 208.
19 Steinsche Städteordnung S. 17.
20 Ebd. S. 21; Grundzüge S. 208.
21 Genossenschaftsrecht I, S. 10; IV, S. 379; Faust S. 25, 29.
22 Grundzüge S. 208; Windscheid § 57 insbes. bei Anm. 1.
23 Hedemann I, S. 3.
24 Faust S. 29.
25 Laufs, Genossenschaft S. 311.
26 Genossenschaftsrecht I, S. 1037; ähnlich Soziale Aufgabe S. 30.

II. Gierkes Lehre der Verbandspersönlichkeit

1. Die juristische Person

Die Vereinigung von Menschen zu einer im Rechtsleben relevanten Gemeinschaft ist ein Verband. Die "Verbandsperson"[27] oder juristische Person ist "die von der Rechtsordnung anerkannte Fähigkeit eines menschlichen Verbandes, als ein von der Summe der verbundenen Personen unterschiedenes, einheitliches Ganzes, Subjekt von Rechten und Pflichten zu sein"[28]. Eine eigene Persönlichkeit haben nur Verbände, die eine ausgeprägt rechtliche Organisation aufweisen[29].

Die juristische Person ist, auch wenn sie auf einer Abstraktion beruht, eine ebenso wirkliche Person wie eine "Einzelperson, jedoch im Gegensatz zu dieser eine zusammengesetzte Person". Sie ist keine Fiktion sondern eine "reale Gesamtperson"[30]. Als zusammengesetzte Person ist sie ein sozialer Organismus. Das soziale Ganze ist wie der Einzelorganismus etwas Lebendiges. Beide sind dem Gattungsbegriff der Lebewesen zuzuordnen[31]. Die Anerkennung der juristischen Person als Rechtssubjekt erfolgt durch Rechtssatz, wobei diese zwar beliebig aber nicht willkürlich gewährt werden kann[32].

2. Die rechtliche Stellung der juristischen Person

Wie die Einzelperson ist auch die juristische Person rechtsfähig. Ihre Rechtsfähigkeit entspricht jedoch nicht in allen Teilen derjenigen der Einzelperson. Die juristische Person hat Rechte und Pflichten, die sich in drei Kategorien einteilen lassen[33].

Individuelle Rechte stehen ihr zu, wie jedem Rechtssubjekt, sei es eine juristische oder eine Einzelperson. Die Individualrechtsfähigkeit der juristischen Person bezieht

27 In diesem Abschnitt wird ausschliesslich die Lehre Gierkes dargestellt, daher wird darauf verzichtet im Text speziell zu kennzeichnen, dass es sich um seine Ansichten handelt. Begründung der Ablehnung der Bezeichnung "juristische Person" durch Gierke, die er entweder für "nichtssagend oder für irreführend" hält vgl. Genossenschaftsrecht II, S. 38 f., 959; Deutsches Privatrecht I, S. 469 Anm. 2 und 3. Dennoch wird in dieser Arbeit der Begriff "juristische Person" verwendet, da dieser sich durchgesetzt hat und daher verständlicher ist als die Bezeichnung "Verbandspersönlichkeit".

28 Deutsches Privatrecht I, S. 469; Grundzüge S. 208.

29 Menschliche Verbände S. 25.

30 Genossenschaftstheorie S. 5 ff.; Deutsches Privatrecht I, S. 463 ff., 470.

31 Menschliche Verbände S. 12 ff.; Deutsches Privatrecht I, S. 471 ff.

32 Deutsches Privatrecht I, S. 471.

33 Genossenschaftstheorie S. 14 ff.; Deutsches Privatrecht I, S. 472, 512 ff.; Grundzüge S. 209.

sich zwar vor allem auf die Vermögensfähigkeit, aber ausserdem hat sie auch Persönlichkeitsrechte, wie z.B. das Namensrecht[34]. Die individuellen Rechte sind systematisch dem Bereich des Individualrechts zuzuordnen.

"Gemeinheitliche" Rechte entstehen aus dem Überordnungsverhältnis zwischen der juristischen Person und ihren Mitgliedern. Sie zeigen sich in der Verbandsgewalt und sind je nach Verbandsart verschieden[35].

Gliedmässige Rechte ergeben sich durch die Einordnung der juristischen Person in einen übergeordneten Verband, eventuell den Staat. Wie die Einzelperson befindet sich nämlich auch die juristische Person immer in einer Gliedstellung. Die Rechte und Pflichten, die der juristischen Person aus dieser Stellung erwachsen, brauchen denjenigen einer Einzelperson nicht zu entsprechen[36]. Gemeinheitliche und gliedmässige Rechte sind dem Bereich des Sozialrechts zuzuordnen.

Die juristische Person ist handlungsfähig. Sie handelt durch Organe. Die Organschaft ist nicht mit der Stellvertretung zu vergleichen. Es handelt sich um die "Darstellung des Ganzen durch einen Teil"[37]. Stellvertretung ist ein individualrechtliches, Organschaft ein sozialrechtliches Institut. Die Organe sind die "sichtbaren Werkzeuge der unsichtbaren Lebenseinheit des sozialen Körpers"[38]. Die Handlungsfähigkeit der juristischen Person umfasst auch deren Deliktsfähigkeit[39].

3. Arten von juristischen Personen des Privatrechts[40]

Der Körperschaft oder dem Verein liegt ein Personenverband zugrunde. "Ihre Seele ist ein einheitlicher Gemeinwille, ihr Körper ein Vereinsorganismus"[41]. Gehört das Sozialrecht der Körperschaft zum öffentlichen Recht, handelt es sich um eine öffentliche, andernfalls um eine private Körperschaft[42].

Dagegen entsteht die Anstalt nicht aus sich selbst, sondern sie wird von aussen begründet. "Ihre Seele ist ein einheitlicher Stiftungswille, ihr Körper eine organische Einrichtung, vermöge deren fort und fort Menschen diesem Willen dienstbar gemacht werden"[43]. Eine Anstalt, deren Sozialrecht seinem Kern nach zum Privatrecht gehört, ist eine Stiftung[44].

34 Genossenschaftstheorie S. 142 insbes. Anm. 1, 144 ff.; Deutsches Privatrecht I, S. 514 insbes. Anm. 4, 515.
35 Genossenschaftstheorie S. 150 ff.; Deutsches Privatrecht I, S. 512.
36 Beispielsweise Steuern nur für juristische Personen; Genossenschaftstheorie S. 152 ff.; Deutsches Privatrecht I, S. 513.
37 Genossenschaftstheorie S. 603 ff., 614 ff.; Deutsches Privatrecht I, S. 472, 518 ff.; Grundzüge S. 209 f.
38 Majoritätsprinzip S. 26.
39 Genossenschaftstheorie S. 743 ff.; Deutsches Privatrecht I, S. 528 ff.
40 Unberücksichtigt bleiben diejenigen juristischen Personen, die im Handelsrecht geregelt werden.
41 Deutsches Privatrecht I, S. 474.
42 Ebd. S. 482, 619 ff.
43 Genossenschaftstheorie S. 11; Deutsches Privatrecht I, S. 474, 647.
44 Genossenschaftstheorie S. 12; Deutsches Privatrecht I, S. 645.

4. Die Körperschaft

a) Entstehung

Notwendige Grundlage sind eine Personenmehrheit und ein Vereinigungsakt. Dieser Akt, in der Praxis die Aufstellung der Verfassung oder der Statuten, muss eine Willenshandlung sein. Diese ist jedoch kein Vertrag, sondern ein "sozialrechtlicher Konstitutivakt"[45]. Um als juristische Person zu gelten, benötigt der Verband ausserdem die Anerkennung durch Rechtssatz, die auf drei verschiedene Arten erfolgen kann[46].

Im System der grundsätzlichen Körperschaftsfreiheit wird jeder Verband kraft Daseins als juristische Person anerkannt. Jeder Verband, der als solcher am Rechtsverkehr teilnimmt, wird automatisch als Körperschaft angesehen. Die Anerkennung der juristischen Persönlichkeit knüpft in diesem System an die tatsächlich bestehenden Verhältnisse an.

Im weiteren kann die Anerkennung der juristischen Persönlichkeit eines Verbandes an die gehörige Kundmachung seiner Existenz gebunden werden. Diese erfolgt normalerweise durch Eintragung in ein öffentliches Register. Die Eintragungsfähigkeit eines Verbandes kann ausserdem mit der Erfüllung bestimmter Normativbedingungen verknüpft werden.

Als letztes kann die Anerkennung des Rechts der Persönlichkeit eines Verbandes von einer staatlichen Verleihung abhängig gemacht werden. Es handelt sich dabei um eine Konzession im Einzelfall.

Für eine moderne Rechtsordnung ist grundsätzlich nur das System der freien Körperschaftsbildung brauchbar. Zu vertreten ist in Ausnahmefällen höchstens noch ein System der Eintragung ohne einschränkende Normativbedingungen[47].

b) Mitgliedschaft

Als zusammengesetzte Person hat jede Körperschaft Mitglieder, die selbst sowohl Individuen als auch juristische Personen sein können. Die Mitgliedschaft ist als personenrechtliches Verhältnis zu verstehen. Die Rechte und Pflichten, die den Mitgliedern aus diesem Verhältnis erwachsen, sind je nach Körperschaftsart verschie-

45 Genossenschaftstheorie S. 127 ff.; Deutsches Privatrecht I, S. 483 ff., insbes. S. 486; Menschliche Verbände S. 31.

46 Genossenschaftstheorie S. 114 ff.; Deutsches Privatrecht I, S. 487 ff.; 19. Juritstentag II, S. 295 ff.; Grundzüge S. 209.

47 Personengemeinschaften S. 11 ff.; Entwurf S. 147; 19. Juristentag II, S. 309; III, S. 229 ff.; 23. Juristentag II, S. 15 ff.; Deutsches Privatrecht I, S. 488 Anm. 30.

den und bestimmen sich nach der jeweiligen Verfassung. Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft basieren auf "Willenserklärung" und "Willenseinigung". Da vorwiegend personenrechtlich bestimmt, ist die Mitgliedschaft im allgemeinen nicht übertragbar[48].

c) Organisation

Eine Körperschaft ist als zusammengesetzte Person eine soziale Organisation. Um als Gesamtperson am rechtlichen Verkehr teilzunehmen, braucht sie Organe. Träger der Organe sind Körperschaftsmitglieder[49]. Die Verfassung der Körperschaft bestimmt die Organarten. Üblicherweise sind dies die Mitgliederversammlung und der Vorstand.

Die Mitgliederversammlung ist die verfassungsmässige Zusammenkunft der Mitglieder. Sie ist in der Regel das oberste Organ der Körperschaft. Sie betätigt ihren Willen durch Mehrheitsbeschlüsse. Die Willensbetätigung ist der sozialrechtliche Ausdruck des Gemeinwillens und nicht eine vertragsmässige Einigung von Einzelwillen[50].

Der Vorstand ist ebenfalls rechtsnotwendiges Organ, das von der Mitgliederversammlung gewählt wird. Seine Zuständigkeit umfasst normalerweise die Darstellung der Körperschaft nach aussen und die Verwaltung nach innen[51].

5. Die Stiftung

Die Stiftung entsteht durch privatrechtlichen Willensakt. Dieser kann eine Verfügung unter Lebenden oder von Todes wegen sein. Er ist sowohl sozialer Schöpfungsakt als auch individuelles Rechtsgeschäft. Die Anerkennung der Stiftung als juristische Person erfolgt meistens durch Rechtssatz, sonst durch staatliche Genehmigung im Einzelfall[52].

Die Stiftung handelt durch die Organe, die ihr vom Stifter bestimmt worden sind[53].

Subjekte der Stiftung sind nicht die durch die Stiftung Begünstigten, sondern der Wille des Stifters[54].

48 Genossenschaftstheorie S. 174 ff.; Deutsches Privatrecht I, S. 479, 492 ff.
49 Genossenschaftstheorie S. 614 ff.; Deutsches Privatrecht I, S. 496 ff.; Menschliche Verbände S. 28.
50 Genossenschaftstheorie S. 694; Deutsches Privatrecht I, S. 498 ff.
51 Genossenschaftstheorie S. 696; Deutsches Privatrecht I, S. 506 ff.
52 Genossenschaftstheorie S. 84 ff.; Genossenschaftsrecht III, S. 120 Anm. 26; Entwurf S. 154 ff.; Deutsches Privatrecht I, S. 649 ff.
53 Grundzüge S. 216; Deutsches Privatrecht I, S. 655.
54 Deutsches Privatrecht I, S. 647.

III. Bedeutung der juristischen Person für eine soziale Rechtsordnung

Gierkes Lehre der Verbandsperson basiert auf seinen historischen Arbeiten zum deutschen Genossenschaftsrecht. Die Feststellung, dass es ihm bei seiner Forderung nach sozialem Recht nicht primär um die Verwirklichung des historisch richtigen, sondern des der Gegenwart angemessenen Rechts geht, darf auf sein gesamtes Arbeiten übertragen werden. Die Übereinstimmung seiner Lehre der Verbandsperson mit den von ihm im deutschen historischen Genossenschaftsrecht erkannten Grundsätzen ist ihm nicht wesentlicher, als deren Tauglichkeit für die Rechtsentwicklung der Gegenwart[55].

Gerade die Verbände erscheinen ihm für die Bewältigung eines der wesentlichsten Gegenwartsprobleme von grosser Bedeutung. Durch sie könnte der Interessenausgleich des durch die industrielle Revolution entstandenen Gegensatzes zwischen Unternehmer- und Arbeiterklasse geschaffen werden[56]. Nur unter der Voraussetzung, dass dieser Ausgleich verwirklicht wird, ist die für jede weitere Entwicklung unabdingbare soziale Harmonie wiederherzustellen. Nach Gierkes Ansicht ist der Verband in der Lage, auf zwei verschiedene Arten zur Förderung dieses Ausgleichs beizutragen[57].

1. Die Assoziationsbewegung

Die erste ist in der Assoziations- oder Genossenschaftsbewegung des 19. Jahrhunderts weitgehend realisiert[58]. Denn "in den besitzlosen Klassen ... hat gerade die Notwehr gegen das Überwiegen der Kapitalsunternehmungen in jüngster Vergangenheit zu einer Bereicherung des Genossenschaftswesens ... geführt"[59]. Als arbeitende oder besitzlose Klassen bezeichnet man "nicht nur die gesamten Massen der eigentlichen Lohnarbeiter in Fabriken, im Gewerbe, auf dem Lande, sondern mehr und mehr auch die kleineren selbständigen Gewerbetreibenden und die ländlichen Kleinbesitzer"[60]. Diese Klassen sind "durch die moderne kapitalistische Entwicklung

55 Beispielsweise 19. Juristentag III, S. 223: Gründe, die für das Prinzip der Körperschaftsfreiheit sprechen: "Geschichtliche Entwicklung, Zweckmässigkeit und Gerechtigkeit".

56 Genossenschaftsrecht I, S. 1030 ff. Das Schlusskapitel des 1. Bandes des Genossenschaftsrechts enthält wesentliche Ausführungen Gierkes, die offensichtlich weitgehend in Vergessenheit geraten sind, obwohl er die gleichen Überlegungen in seinem Vortrag, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, wiederholt hat.

57 Zu dieser Problematik vgl. Krause S. 314 f.

58 Genossenschaft: Selbstgewollte Assoziation mit eigener Rechtspersönlichkeit. Geschichte der Genossenschaftsbewegung vgl. Faust S. 27 ff.; Laufs, Genossenschaft S. 311 ff.

59 Genossenschaftsrecht I, S. 1030, ähnlich S. 1042.

60 Ebd. S. 1036.

in ihrer wirtschaftlichen Selbständigkeit bedroht"[61]. "In Wahrheit aber ist es die Volksexistenz selbst, deren Fundament untergraben wird"[62]. Die neu entstandenen Verbände, "wirtschaftliche Assoziationen", bringen die "Selbsthilfe zur Geltung" und verkörpern so auf dem "oft der Selbstsucht allein vindizierten Gebiet des wirtschaftlichen Lebens das ethische Moment"[63].

Die wirtschaftlichen Assoziationen unterteilt Gierke in staatliche und freie Assoziationen. Die staatlichen Vereinigungen lehnt er ab, da sie nur zu Bevormundung und Bedrohung der Individualität führen, somit genau das gegenüber dem Staat bewirken, was sie gegenüber dem Unternehmen verhindern wollen. Nur in der freien Assoziation kann wirtschaftliche Freiheit gefunden werden und weiterbestehen und nur sie ist zur Selbsthilfe geeignet.

Eine mitwirkende Hilfe des Staates ist allerdings wünschbar, ja sogar notwendig. Als Staatshilfe kommt vor allem die Aufhebung der Beschränkung der Vereinsfreiheit in Betracht. Denn "entscheidend ist dabei fast überall das allgemeine Vereinsrecht. So ist das in den meisten deutschen Staaten noch bestehende Koalitionsverbot eine Ausnahmebeschränkung des Arbeiterstandes", die keinen Bestand mehr haben darf [64].

Vereine, die den ausgesprochenen Zweck haben, die wirtschaftliche Situation der arbeitenden Klasse zu verbessern, können von unterschiedlicher Art sein. Es existieren Bildungsgenossenschaften, die mit den geistigen Fähigkeiten auch die Erwerbsmöglichkeiten ihrer Mitglieder verbessern, politische Arbeitervereine, "z.B. zur Herbeiführung des allgemeinen Stimmrechts" und insbesondere "Gewerkvereine, Assoziationen für die Durchführung gemeinsamer Massregeln, um die Arbeitsherrn zur Gewährung besserer Arbeitsbedingungen zu veranlassen"[65].

Gierke betrachtet die Assoziationsbewegung zwar nicht als Allheilmittel gegen ökonomische Unselbständigkeit, Rechtlosigkeit und soziales Elend, aber sie hilft nach seiner Ansicht immerhin "einen Zustand zu beenden oder zu beseitigen, in welchem ökonomische Unselbständigkeit die Regel und soziales Elend das Los der Mehrzahl ist"[66].

61 Ebd. S. 1035.
62 Ebd. S. 1038.
63 Ebd. S. 1035, 1038.
64 Ebd. S. 1039 ff.
65 Ebd. S. 1042.
66 Ebd. S. 1048; Kaiser S. 169 missversteht Gierke. Mit dieser Feststellung meint Gierke, die Assoziationen allein könnten das soziale Elend nur mildern. Er ist aber keinesfalls der Ansicht, das soziale Elend liesse sich überhaupt nicht beseitigen.

2. Das Unternehmen als Herrschaftsgebilde

Der Vorstand steht nicht nur zur Verwaltung der Lage der arbeitenden Klasse, er ermöglicht auch ein neues Verständnis des Unternehmens. "Die kapitalistischen Produktionsverhältnisse" sind "nur, wie jedes historische, eben Durchgangsstufen" und die "Herrschaftsorganisation" der Arbeit". Diese Tatsache wird unverständlich bleiben, "auch wenn 'das Ganze ... solche Verhältnisse als Organismus recht gut' begreift, sondern sie in eine Summe von Personenbeziehungen zwischen Unternehmer und Einzelnen auflöst". Das Unternehmen ist kein "bloßes Summe von Einzelverhältnissen", es ist "mehr anderes als ein Herrschaftsverband, in welchem der Kapitalist und der Kapitalist — der einzige wirtschaftliche Wert ist" und in dem "die gegensätzlichen Glieder" lediglich "Organisation und Wirkung" sind. Im "ökonomischen Herrschaftsverband der Neuzeit" ist die Arbeit vollkommen verdinglicht.[85]

Eine wirkungsvolle Schilderung dieses Zustandes schreibt Jaeger die "Umgestaltung des einzelnen Unternehmens im Sinne selbständiger Betätigung der Arbeit am Unternehmen" zu. "Eine solche Betätigung verschafft [...] Kapitalherrschaftsverband in Verbindung Organisationsrechte" können "nach dem in gesetzlicher und allgemeiner Bedeutung erhalten".[86]

IV. Gierkes Kritik am Recht der juristischen Person der Entwürfe und des BGB

1. Der 1. Entwurf

Die Vorschriften über die juristische Person enthielt im 1. Entwurf im 1. Abschnitt des Allgemeinen Teils in den §§ 41–83[87] die entscheidenden maßgeblich den Vorstellungen der Pandektistik[88]

Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person ist auf die Vermögensfähigkeit beschränkt. Sie ist eine künstlich geschaffene Person und als solche nur durch Stellvertreter handlungsfähig (§§ 42, 43). Die Stellung der juristischen Person aus

---

[85] Genossenschaftsrecht 1, S. 1056.

[86] Bd. 8, S. 1057. Soziale Aufgabe S. 30 f.

[87] Genossenschaftsrecht 1, S. 1067. Gierke [illegible] "Dass [illegible] [illegible] [illegible]

unerlaubter Handlung der Stellvertreter wird aus Gründen der Zweckmässigkeit anerkannt (§ 46). Juristische Personen können Körperschaften und Stiftungen sein.

Die Entstehung der Körperschaft – eines Personenvereins mit eigener Rechtspersönlichkeit – (§ 43) wird im Entwurf nicht geregelt. Er überlässt die diesbezüglichen Bestimmungen dem Landesrecht (§ 42). Über die inhaltlichen Bestimmungen der Körperschaftsverfassung, die sich nach dem Gründungsvertrag bestimmt, stellt der Entwurf keine Vorschriften auf (§ 43). Der Vorstand des Vereins ist der gesetzliche Vertreter des Vereins nach aussen. Er wird durch die Mitglieder bestimmt. Ist der Umfang der Vertretungsmacht in der Verfassung nicht festgelegt, ist diese analog dem Auftrag zu beurteilen (§ 44). Für die inneren Angelegenheiten ist der Wille der Mitglieder bestimmend. Ihre Willensäusserung erfolgt im allgemeinen durch Mehrheitsbeschluss (§ 48). Die §§ 49-57 beschäftigen sich mit dem Schicksal des Vermögens der erloschenen Körperschaft.

Die Stiftung kann durch Verfügung unter Lebenden oder von Todes wegen errichtet werden. Der Stifter ist bereits an seine einseitige, noch nicht angenommene Willenserklärung gebunden (§ 58). Landesrechtliche Vorschriften, nach denen die Stiftungserrichtung nur durch staatliche Genehmigung möglich ist, bleiben unberührt (§ 62). Im übrigen gelten die passenden Bestimmungen des Körperschaftsrechts analog (§ 61).

2. Die Kritik Gierkes am 1. Entwurf

a) Im allgemeinen

Die Gestaltung des Rechts der juristischen Person im 1. Entwurf entspricht in keiner Weise den Vorstellungen Gierkes. Im Entwurf ist weder ein Sozialrecht noch ein sozialrechtlich durchgebildetes Individualrecht zu finden. Das Privatrecht bleibt auf das Individualrecht beschränkt und die notwendigsten Verbindungen mit dem öffentlichen Recht werden übersehen, auch im Bereich des Körperschaftsrechts, dessen Sozialrecht an das öffentliche Recht heranführen muss[72].

Das Recht der juristischen Person steht denn auch an einer völlig unpassenden Stelle im Entwurf, "für das ... Körperschaftsrecht ist nicht leicht eine minder passende Stätte aufzufinden, als sie ihm der 1. Entwurf anweist"[73]. Dieser Mangel hätte keine folgenschwere Wirkung, stünde er allein. Er erstreckt sich jedoch auch auf den Inhalt der Bestimmungen, denn die Normen über die juristische Person sind von einer "unbeschreiblichen Dürftigkeit"[74]. Einzugestehen ist allerdings die Tatsache, dass

72 Entwurf S. 93, 152 f.; Personengemeinschaften S. 2.

73 Entwurf S. 91.

74 Ebd. S. 92, 152; Personengemeinschaften S. 1, 4 f.; Soziale Aufgabe S. 33; 19. Juristentag II, S. 264.

der Entwurf, will er seinen individualistischen Grundprinzipien treu bleiben, sich gar nicht anders entscheiden kann. Für ihn muss die juristische Person eine fingierte, von ihren Gliedern in jeder Beziehung losgelöste Person sein. Er kann nicht anders vorgehen als versuchen, das Sozialrecht der juristischen Person so gut wie möglich mit Hilfe individualrechtlicher Begriffe zu ordnen. Der Gedanke, dass zwischen der juristischen Person und ihren Gliedern eine personenrechtliche Verbindung besteht, muss ihm unverständlich erscheinen[75]. Daher ist die Körperschaft des Entwurfs "nicht die höchste Steigerung, sondern die Negation der Gemeinschaft"[76].

b) Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person

Die Individualrechtsfähigkeit der juristischen Person des Entwurfs ist auf die Vermögensfähigkeit beschränkt. Die gemeinheitlichen und gliedmässigen Rechte, also das Sozialrecht der juristischen Person, sind für ihn inexistent. Die Handlungsfähigkeit der juristischen Person ist nur durch die Hinweise auf Stellvertretung und Auftrag geregelt. Dass die Vertretung einer Einzelperson nicht das Gleiche ist, wie die Darstellung einer juristischen Person, also einer Gesamtperson, kann der Entwurf nicht einsehen[77]. Untreu wird er sich nur bei der Bejahung der Deliktsfähigkeit der juristischen Person, was aber nur als Konzession an "Verkehrsbedürfnisse" gewertet wird[78].

c) Entstehung der Körperschaft

Die "fundamentale Frage nach Bestand oder Nichtbestand einer Körperschaft" überlässt der Entwurf dem Landesrecht. Dabei bleibt ausser Zweifel, dass seine eigene Entscheidung für ein Konzessionssystem gelautet hätte[79]. Er übersieht, dass es nicht Sache der Privatrechtsordnung sein kann, polizeilich bedingte Einschränkungen der Vereinsfreiheit zu normieren.

Die Vereinsfreiheit wird durch öffentliches Recht, die Körperschaftsfreiheit durch das Privatrecht geregelt. Erst wenn ein Verband kraft öffentlichem Recht besteht, stellt sich die Frage der privatrechtlichen Anerkennung als Körperschaft[80]. Man

75 Entwurf S. 29, 144 f.; Personengemeinschaften S. 2; 19. Juristentag II, S. 260, 264; III, S. 221.
76 Entwurf S. 93, 153; 19. Juristentag II, S. 262.
77 Entwurf S. 93, 153; Personengemeinschaften S. 6 f., 23, 33 ff.; 19. Juristentag II, S. 263.
78 Entwurf S. 149; Personengemeinschaften S. 25 ff.; Motive I, S. 103.
79 Entwurf S. 147 f.; Personengemeinschaften S. 10 ff.; 19. Juristentag II, S. 265 ff.; III, S. 222; Motive I, S. 88 ff., insbes. S. 91; Dernburg I, S. 169.
80 19. Juristentag III, S. 223, 323 ff.

scheint sich aber vor der Vereinsfreiheit zu fürchten und sie auf diese Weise aushöhlen zu wollen. Dabei lässt man ausser acht, dass eine vernünftige privatrechtliche Normierung des Körperschaftsrechts dessen Gefahren eher vermindert als steigert. Besonders gefürchtet zu sein scheint die Anerkennung der Gewerkvereine. "Unmöglich aber wird man auf die Länge das Bedürfnis einer berufsständischen Organisation der Lohnarbeiter verkennen und die Anfänge einer solchen in Bahnen drängen dürfen, welche ausserhalb unserer offiziellen Rechtsordnung liegen"[81].

d) Mitgliedschaft und Organisation

Die Rechte und Pflichten der Mitgliedschaft werden nur zum kleinsten Teil geordnet. Massgebend ist richtigerweise die Verfassung. Diese ergibt sich jedoch im Entwurf aus dem "Gründungsvertrag". Wiederum verwendet er einen individualrechtlichen Begriff für einen sozialrechtlichen Vorgang, nämlich den Konstitutivakt[82].

Die Grundzüge der körperschaftlichen Organisation schreibt der Entwurf vor: Vorstand und Mitgliederversammlung. Er versteht sie aber nicht als Organe, sondern als Stellvertreter der Körperschaft. Einmal mehr ist also die Verwendung eines individualrechtlichen Begriffs auf nur durch Sozialrecht zu erfassende Umstände festzustellen[83].

e) Die Stiftung

Die Stiftungserrichtung wird vom Entwurf lediglich von einem privaten Akt abhängig gemacht. Zwar bleiben anderslautende landesrechtliche Vorschriften unberührt. Für sich selbst aber postuliert er die allgemeine Stiftungsfreiheit[84]. Der absoluten Unfreiheit im Körperschaftsrecht steht also die absolute Freiheit im Stiftungsrecht gegenüber[85].

Die unbeschränkte Bindung des Stifters an seine Willenserklärung zeugt von einem falschen Verständnis des Stiftungsakts. Er ist nicht Rechtsgeschäft, sondern Konstitutivakt, der nicht durch einseitige Willenserklärung des Stifters, sondern erst durch die Herstellung einer Organisation sein Ende findet[86].

81 Ebd. II, S. 291; III, S. 227; Personengemeinschaften S. 17 f.
82 Entwurf S. 148; Personengemeinschaften S. 21, 33.
83 Entwurf S. 148; Personengemeinschaften S. 22 ff.
84 Entwurf S. 154.
85 Personengemeinschaften S. 40.
86 Ebd. S. 42; Entwurf S. 157.

f) Zukunft des Rechts der juristischen Person

"Wird der ganze Abschnitt über die juristische Person nicht von Grund auf umgeschmolzen, so wäre es bei weitem besser, ihn überhaupt zu streichen"[87]. Denn um den Preis einer derart dürftigen Gestaltung des Rechts der juristischen Person ist die Rechtseinheit des Privatrechts zu teuer erkauft. Eine solche Regelung kann niemals den Anforderungen, die eine moderne Rechtsordnung an das Verbandsrecht stellt, gerecht werden. Ein Spezialgesetz über die privatrechtliche Stellung der Vereine wäre der durchwegs ungenügenden Regelung im BGB vorzuziehen. Schlimmstenfalls müssten auf Landesebene Körperschaftsgesetze erlassen werden, die den Anforderungen der Zeit genügen[88].

3. Die Fassung des 2. Entwurfs und des BGB

Die massive Kritik an der Regelung des Rechts der juristischen Person des 1. Entwurfs führte zu deren wesentlicher Umformung im 2. Entwurf. In dieser Gestalt wurde sie de facto unverändert in die endgültige Fassung des BGB übernommen[89].

Unverändert geblieben ist im 2. Entwurf die systematische Stellung des Rechts der juristischen Person innerhalb des Allgemeinen Teils (2. Entwurf §§ 23-76, BGB §§ 21-89).

Die ausdrückliche Beschränkung der Rechtsfähigkeit der juristischen Person auf die Vermögensfähigkeit unterbleibt (2. Entwurf § 23, BGB §§ 21, 22)[90]. Nach wie vor wird die Willens- und Handlungsfähigkeit der juristischen Person durch die Stellvertretung gewährleistet (2. Entwurf § 25, BGB § 26).

Der 2. Entwurf normiert im Gegensatz zum 1. Entwurf die Entstehung der Körperschaften[91]. Körperschaften, die einen gemeinnützigen, wohltätigen, geselligen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Zweck verfolgen – Idealvereine – erhalten eine eigene Rechtspersönlichkeit durch Eintragung in ein öffentliches Register. Alle Körperschaften, die einen anderen Zweck verfolgen, also vor allem Vereine mit wirtschaftlicher Zwecksetzung, benötigen für die Anerkennung ihrer Rechtspersönlichkeit eine Konzession (2. Entwurf § 23, BGB §§ 21, 22). Die Eintragung eines

87 Personengemeinschaften S. 39; Entwurf S. 161; 19. Juristentag III, S. 233 f.: Formulierung der konkreten Änderungsvorschläge.

88 Entwurf S. 154; Personengemeinschaften S. 39; 19. Juristentag II, S. 311.

89 Entwurf eines BGB §§ 21-76; Protokolle I, S. 476-607; II, S. 452-460; Reichstagskommission S. 6-24; Denkschrift S. 6-17.

90 Hedemann I, S. 62 f.; Dernburg I, S. 170.

91 Zum Folgenden vgl. Dernburg I, S. 201 ff., 219 ff.; Soergel-Siebert 1, Vorbemerkung § 21.

Idealvereins kann durch die Verwaltungsbehörde verhindert und eine bereits erfolgte Eintragung rückgängig gemacht werden, wenn der Verein einen unerlaubten oder einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt (2. Entwurf §§ 40, 55, BGB §§ 43, 61).

Verbände, die zwar körperschaftlich organisiert sind, denen aber die staatliche Anerkennung als Körperschaft mangelt, sei es wegen fehlender Konzession eines Vereins mit wirtschaftlicher Zwecksetzung, sei es wegen Einspruchs der Verwaltungsbehörde beim Idealverein, sind Vereine ohne Rechtsfähigkeit. Ebenso Vereine, denen die Rechtsfähigkeit entzogen wurde. Auf Vereine ohne Rechtsfähigkeit finden die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung (2. Entwurf § 676, BGB § 54).

4. Gierkes Stellungnahme

Gierke anerkennt durchaus, dass der 2. Entwurf "den individualistischen Bestimmungen des 1. Entwurfs über die juristische Person ein sozialeres Gepräge verliehen ... hat"[92]. Dennoch entspricht auch ihre Regelung im 2. Entwurf nicht seinen Vorstellungen.

Die systematische Stellung ist die gleiche geblieben. Die Bedeutung des Sozialrechts ist nach wie vor unbekannt, was sich unter anderem darin ausdrückt, dass die Handlungsfähigkeit der juristischen Person noch immer durch das individualrechtliche Institut der Stellvertretung statt durch die sozialrechtliche Organschaft gewährleistet wird. Positiv zu bewerten ist die Tatsache, dass die Rechtsfähigkeit der juristischen Person nicht mehr ausdrücklich auf die Vermögensfähigkeit beschränkt wird.

Aber trotz aller Verbesserungen "wird das neue Vereinsrecht durch einen hässlichen Fehler" entstellt[93]. Zwar ist im 2. Entwurf die Normierung der Entstehung der Körperschaft nicht ausgeklammert, aber die geforderte allgemeine Körperschaftsfreiheit wird darin nicht verwirklicht. Vielmehr ist die Regelung der Entstehung der Körperschaft des 2. Entwurfs ein "entschiedener Missgriff", denn sie entspricht einem "verkappten Konzessionensystem schlimmster Art"[94].

Die meisten Körperschaften, die einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen und daher nur durch Konzession die Anerkennung als selbständige Rechtspersönlichkeit erlangen, dürften zwar durch wesentlich liberalere Spezialgesetze abgedeckt sein[95].

92 Reichstag S. 48.
93 Ebd. S. 48 ff.
94 Ebd. S. 50 f.; 23. Juristentag II, S. 18 ff., insbes. 20; Grundzüge S. 215; Dernburg I, S. 169.
95 Verein ohne Rechtsfähigkeit S. 3 ff.; 23. Juristentag II, S. 16; dazu auch Hedemann I, S. 44 ff.

Wesentlich unangenehmer ist die Lage für die Idealvereine. Soll ihre juristische Persönlichkeit anerkannt werden, müssen sie sich einer staatlichen Kontrolle unterziehen. Denn die Verwaltungsbehörde kann die zur Anerkennung notwendige Eintragung verhindern oder eine bereits erfolgte Eintragung rückgängig machen, wenn der Verein einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt. Diese Bestimmungen mögen für "politische und religiöse Vereine" noch zu tolerieren sein. "Unerträglich aber ist die Einbeziehung der Vereine mit sozialpolitischen Zwecken", denn sie bedeutet, dass das gesamte Vereinsleben der "vollsten administrativen Willkür ausgesetzt" ist[96]. Jeder Verein will grundsätzlich irgendwie auf das gesellschaftliche Leben einwirken, mit anderen Worten, jeder Verein betreibt unter anderem auch Sozialpolitik. Oder verfolgt etwa ein "Wohltätigkeitsverein", ein "Bildungsverein für Arbeiter" keinen "sozialpolitischen Zweck?"[97].

Da der Entwurf ein allgemeines Vereinsverbot nicht bezwecken kann, richtet sich das Verbot von sozialpolitischen Vereinen offensichtlich gegen die arbeitende Klasse und ihre Selbsthilfeorganisationen, wie Gewerkschaften usw. Aus "Furcht vor der sozialdemokratischen Bewegung" hat man "dieses Ausnahmerecht zu Lasten des Arbeiterstandes" geschaffen, was zugleich "eine Verletzung der Gerechtigkeit und einen Verstoss wider die Forderungen einer gesunden Sozialpolitik" bedeutet. Denn es ist nicht nur ein "einfaches Gebot der Gerechtigkeit", sondern auch eine "unerlässliche Bedingung für eine erfolgreiche Sozialreform", dass den arbeitenden Klassen erlaubt wird, sich zwecks der Verbesserung ihrer Lage als Körperschaften zu organisieren[98].

Körperschaften, deren selbständige Rechtspersönlichkeit staatlich nicht anerkannt wird, sind Vereine ohne Rechtsfähigkeit. Auch wenn vom BGB festgestellt wird, dass auf solche Vereine die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung finden, bleiben sie Personenverbände und werden nicht aus der blossen Tatsache der rechtlichen Nichtanerkennung zu Gesellschaften[99]. Vereine ohne Rechtsfähigkeit sind körperschaftlich organisierte Gebilde, die in einem System der freien Körperschaftsbildung ohne weiteres als Körperschaften auftreten könnten[100].

Die Anwendung von Gesellschaftsrecht soll eine Benachteiligung des nicht rechtsfähigen Vereins bewirken und zugleich für die Vereine einen Anreiz schaffen, sich den Formalitäten zur Erlangung der Rechtsfähigkeit zu unterziehen. Freiwillig oder unfreiwillig werden aber trotzdem viele Vereine ohne staatliche Anerkennung ihrer Persönlichkeit existieren. Denn für viele werden die Vorteile, welche die staatliche Anerkennung als juristische Person mit sich bringt, die Nachteile der staatlichen Kontrolle nicht aufwiegen[101].

96 Reichstag S. 50; Verein ohne Rechtsfähigkeit S. 10.
97 Verein ohne Rechtsfähigkeit S. 31 ff.; 23. Juristentag II, S.18.
98 Reichstag S. 50 f.; 23. Juristentag II, S. 18.
99 Verein ohne Rechtsfähigkeit S. 7 ff.; Grundzüge S. 215.
100 Verein ohne Rechtsfähigkeit S. 8.
101 Ebd. S. 3 ff.; 23. Juristentag II, S. 16 ff.

Die Vorschriften über die Gesellschaft, welche gemäss BGB Anwendung finden, sind glücklicherweise zum grossen Teil nicht zwingend. Daher kann durch die Vereinssatzung oder, nach gesetzlicher Diktion durch den Gesellschaftsvertrag, meistenteils eine Angleichung an das Körperschaftsrecht erfolgen[102].

Nach der Zivilprozessordnung hat der Verein ohne Rechtsfähigkeit nur die passive Prozessfähigkeit. Es ist zu hoffen, dass dieser unbefriedigende Zustand dadurch behoben wird, dass ihm auch die aktive Prozessfähigkeit zuerkannt wird[103].

Zusammenfassend ist Gierke der Ansicht, dass das Körperschaftsrecht des 2. Entwurfs einen "verheissungsvollen sozialen Anlauf" nimmt, dann aber "erschreckt von seiner eigenen Kühnheit kehrt macht und damit endet, dass es dem Vereinsleben allen Rechtsschutz entzieht"[104].

102 Verein ohne Rechtsfähigkeit S. 10.
103 Ebd. S. 31 ff.
104 Reichstag S. 51.

7. Kapitel: Der Eigentumsbegriff

I. Historische Entwicklung

1. Eigentum im deutschen Recht

Der Begriff des Eigentums als Recht an einer Sache war dem deutschen Recht seit jeher bekannt. Das Eigentum umfasst alle an einer Sache möglichen Rechte und alle an diese Sache geknüpften rechtlichen Beziehungen[1].

Das Eigentum ist aber kein abstraktes, absolutes dingliches Recht. Stets ist es durch die Beschaffenheit des konkreten Objekts bestimmt. Es enthält immer nur die an einer bestimmten Sache möglichen Rechte, was zur Unterscheidung der Rechte an beweglichen und unbeweglichen Sachen führt[2]. Der Inhalt des Eigentums an einem bestimmten Objekt braucht nicht immer derselbe zu sein; er ist jederzeit wandelbar und beschränkbar, ohne dass das Eigentum deshalb inexistent wird. An der gleichen Sache können daher "stärkere und schwächere" Formen desselben Rechts bestehen, die unterschiedliche Befugnisse beinhalten, die aber alle "als Form und Ausflüsse des Eigentums" erscheinen[3].

Ausgehend vom relativen Verständnis des Eigentums ist die Unterscheidung zwischen Eigentum und beschränkten dinglichen Rechten nicht möglich. Aus dem gleichen Grund erübrigen sich besondere Eigentumsbeschränkungen, denn jederzeit "trägt das Eigentum die Schranken in seinem Begriff"[4]. Dieser konkrete und relative Eigentumsbegriff wird auf alle Rechtskreise ausgedehnt.

Die Zusammenfassung aller aus dem Eigentum fliessenden Befugnisse in der Hand eines Einzelnen findet man im deutschen Recht am ehesten bei Fahrnis. Hingegen ist beim Grundeigentum, welches sich aus der Bodennutzung entwickelt hat, ein weitgehendes Auseinanderklaffen der verschiedenen Befugnisse zu beobachten, so dass jeweils mehrere Berechtigte nebeneinander stehen[5].

Im Laufe des Mittelalters setzt mit der fortschreitenden Rechtsentwicklung auch die Abstraktion des Rechts von dem Objekt, welches es ergreift, ein. Erst jetzt erhält das Recht an der Sache einen eigenen Namen "eigendom" oder "eigenschaft".

1 Zum Folgenden vgl. Hagemann, Eigentum, in: HRG 1, Sp. 882-896; Ogris, Dominium, in: HRG 1, Sp. 755-757; Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 356.
2 Deutsches Privatrecht II, S. 350; Merk, Eigentum S. 14.
3 Deutsches Privatrecht II, S. 351.
4 Ebd. S. 358.
5 Ebd. S. 352; Merk, Eigentum S. 9, 14.

Dingliche Rechte, die neben dem Eigentum bestehen, werden erkannt. Sie werden als "Eigentumssplitter" verstanden und "ergreifen die Sache nicht auf eine vom Eigentum verschiedene Art, sondern nur in verschiedenem Umfang"[6].

2. Entwicklung nach der Rezeption

Mit der Rezeption wird der von Bartolus geprägte Eigentumsbegriff in Deutschland übernommen, nämlich: Dominium est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lege prohibeatur. Nach dieser Definition ist das Eigentum von der Sache, an der es besteht, unabhängig. Ausserdem ist ihr die römisch-rechtliche Unterteilung in Eigentum und beschränkte dingliche Rechte zu entnehmen, die damit in Deutschland Eingang findet[7].

Diese Definition beinhaltet aber nicht "die Verfügungsfreiheit des Eigentümers", sondern nur dessen "Dispositionsbefugnis"[8]. Erst später wird diese Dispositionsbefugnis "durch den Gedanken der Freiheit" konkretisiert[9]. Von diesem Zeitpunkt an wird das Eigentum als absolutes, abstraktes dingliches Recht verstanden.

Diese Änderung des Eigentumsbegriffs und die Umgestaltung der sozialen Verhältnisse gehen Hand in Hand. Die Verfügungsfreiheit wird zum wesentlichen Inhalt des Eigentums, als sich "das Handel treibende städtische Bürgertum auch tatsächlich als freier Herr seiner Güter und Kapitalien gebärdet"[10].

In den Städten setzt sich das Verständnis des Eigentums als absolutes dingliches Recht auch für das Grundeigentum durch. Zum ersten Mal fallen grundsätzlich alle aus dem Grundeigentum fliessenden Berechtigungen in der Hand eines Einzelnen zusammen.

3. Geteiltes Eigentum und Bodenbefreiung

Hingegen bleiben die aus dem Eigentum an Grundstücken fliessenden Befugnisse im ländlichen Bereich auch weiterhin auf mehrere Berechtigte verteilt. Auf diese Eigentumsverhältnisse wird die von der oberitalienischen Rechtswissenschaft konzipierte Lehre des geteilten Eigentums angewendet[11]. Neben das oben dargestellte

6 Deutsches Privatrecht II, S. 354 f., 359; Kroeschell, Eigentum S. 60 stellt fest, dass die Vertreter der germanistischen Rechtswissenschaft auch bei der Geschichte des Eigentumsbegriffs nicht "geschichtliche Realität zur Darstellung bringen" wollen, sondern dass es letztlich nur noch um eine "nicht weiter ableitbare rechtspolitische Grundüberzeugung" geht.

7 Willoweit S. 144; Coing, Bartolus S. 352.

8 Willoweit S. 145.

9 Ebd. S. 148.

10 Ebd. S. 155.

11 Wiegand S. 119.

"dominium plenum" stellt man ein "dominium minus plenum" oder "divisum", welches seinerseits in "dominium directum", Obereigentum, und "dominium utile", Unter- oder Nutzeigentum, aufgeteilt wird. Die Lehre vom geteilten Eigentum setzt sich bis zu den naturrechtlichen Kodifikationen fort und findet auch dort ihren Niederschlag[12].

Im Zuge der Durchsetzung der allgemeinen Freiheitsidee, für die Aufklärung und Naturrecht den Grundstein gelegt haben, setzt im 19. Jahrhundert eine allgemeine "Bodenbefreiung" ein, die letzlich die Aufzehrung des Ober- durch das Untereigentum bedeutet. Im aufkeimenden Liberalismus wird die allgemeine Eigentumsfreiheit als Korrelat der persönlichen Freiheit angesehen[13].

Obwohl die Lehre vom geteilten Eigentum von der Zivilrechtswissenschaft nicht unwidersprochen geblieben ist, wird sie erst seit Thibaut[14] als nicht den römischen Quellen entsprechend abgelehnt[15]. Die zivilrechtliche Seite der Bodenbefreiung setzt sich jedoch im Laufe des 19. Jahrhunderts nur allmählich durch[16]. Ihr Ergebnis ist die zivilrechtlich uneingeschränkte Bewegungsfreiheit des Grundeigentümers. Eigentum an Grundstücken und an Fahrnis hat grundsätzlich den gleichen Charakter, es ist das "nackte, individuelle Herrenrecht" der Pandektistik[17]. Man ignorierte geflissentlich, dass auch dieses Recht letztlich doch durch staatlichen Willen begrenzt ist[18].

Schon im Laufe des Jahrhunderts zeigte sich, dass die Bodenbefreiung nicht nur positive, sondern auch negative Ergebnisse gezeitigt hat. Man sah sich in zunehmendem Masse gezwungen, von Staates wegen gegen die Missstände vor allem im Bereich landwirtschaftlicher Grundstücke einzuschreiten, indem die Eigentumsfreiheit auf einen vernünftigen Rahmen reduziert werden musste[19].

Im Zusammenhang mit den wissenschaftlichen Strömungen, die sich gegen die Pandektistik richten, ist deren Eigentumsbegriff zunehmender Kritik ausgesetzt[20]. Doch trotz seiner offensichtlichen Mängel wird der Eigentumsbegriff der Pandektistik in die Privatrechtskodifikationen übernommen[21].

12 Hedemann II/1, S. 2 ff.
13 Ebd. S. 11 ff.; Peter, Eigentum S. 37.
14 "Über dominium utile und dominium directum" in "Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts" II, ersch. 1802.
15 Wiegand S. 118 ff.
16 Hedemann II/1, S. 15 f.
17 Ebd. S. 121.
18 Ebd. S. 121 f.
19 Ebd. S. 80 f., 129 ff.
20 Peter, Eigentum S. 38 ff.
21 Hedemann II/1, S. 121 f.; Peter, Eigentum S. 80.

II. Eigentumsbegriff und Pandektistik

1. Die Lehre

"Das Eigentum ist die volle rechtliche Unterwerfung einer Sache, die vollkommene rechtliche Herrschaft über einen körperlichen Gegenstand. ... Es ist aber eine Beschränkung des Eigentums möglich"[22], stellt Puchta fest. Ganz ähnlich lautet die entsprechende Definition bei Windscheid: "Das Eigentum ist die Fülle des Rechts an der Sache, und die einzelnen in ihm zu unterscheidenden Befugnisse sind nur Äusserungen und Manifestationen dieser Fülle. Das Eigentum als solches ist schrankenlos"[23].

Ganz allgemein versteht die Pandektistik unter dem Eigentum die "ausschliessliche, der Substanz nach unteilbare, unverdrängbare und totale Herrschaftsmacht einer Person über eine körperliche Sache"[24]; es ist das absolute, abstrakte dingliche Recht. Es unterscheidet sich daher grundsätzlich von den beschränkten dinglichen Rechten[25]. Zwar wird von der Pandektistik anerkannt, dass Beschränkungen des Eigentums möglich sind, da "weder im römischen noch im deutschen und heutigen Recht ein völlig schrankenloses Eigentum bestanden hat oder besteht. ... Richtig bleibt jedoch, dass das Eigentum insoweit schrankenlos ist, als nicht Schranken nachweisbar sind"[26]. Diese Begrenzung wird offensichtlich nur mit Widerwillen akzeptiert, denn sie wird eigentlich als Fremdkörper betrachtet[27].

Die pandektistische Lehre kennt zwei Arten von Eigentumsbeschränkungen, "entweder beruhen sie auf allgemeiner Rechtsregel oder auf dem erworbenen Rechte eines Dritten"[28]. Bei der Erläuterung der Beschränkungen wird zwar erwähnt, dass diese nicht notwendigerweise auf einer privatrechtlichen Regel beruhen müssen. Im weiteren werden jedoch regelmässig nur die privatrechtlichen Eigentumsbeschränkungen erklärt, die öffentlichrechtlichen werden nicht zur Kenntnis genommen, da sie mit dem Privatrecht nichts zu tun haben[29].

22 Puchta, Pandekten, 7. Aufl. 1852, S. 214.
23 Windscheid § 167 bei Anm. 3.
24 Wieacker, Eigentum S. 187.
25 Windscheid § 165 bei Anm. 1.
26 Ebd. § 167 bei Anm. 3.
27 Hedemann II/1, S. 121 f.
28 Windscheid § 167 bei Anm. 7.
29 Ebd. § 169.

2. Der Eigentumsbegriff des BGB

Der Eigentumsbegriff des BGB stimmt fast vollständig mit demjenigen der Pandektistik überein[30].

Während der 1. Entwurf das Eigentum definiert als "das Recht, mit Ausschliessung anderer nach Willkür mit der Sache zu verfahren ..." (§ 848), lautet die endgültige Fassung: "Der Eigentümer einer Sache kann ... mit der Sache nach Belieben verfahren ..." (2. Entwurf § 818, BGB § 903). Die Fassung "nach Belieben" wurde der Fassung "nach Willkür" vorgezogen, weil in letzterem "die Anerkennung gefunden werden könne, dass der Eigentümer auch von allen durch die Gebote der Sittlichkeit gegebenen Beschränkungen im Gebrauch der Sache befreit sein solle"[31]. Es ist aber festzustellen, dass diese Änderung in der Fassung "keineswegs eine sachliche Änderung" bedeutet[32].

Beschränkt wird das Eigentum lediglich durch entgegenstehendes "Gesetz oder Rechte Dritter" (1. Entwurf § 848, 2. Entwurf § 818, BGB § 903). Sind solche Beschränkungen nicht nachgewiesen, ist das Eigentum grundsätzlich unbeschränkt[33].

Dieser im Abschnitt Sachenrecht definierte Eigentumsbegriff findet auf Fahrnis und auf Grundstücke Anwendung. Er wirkt sich auf die ganze Privatrechtskodifikation aus.

Der Inhalt des Grundeigentums wird noch genauer erläutert. Das Eigentum an Grundstücken[34] umfasst auch den "Raum über der Oberfläche" und "den Erdkörper unter derselben" (1. Entwurf § 849). In den Motiven wird betont, dass eine derartige Vorschrift dem gemeinen Recht entspricht. Eine Begrenzung der Rechte des Grundeigentümers durch dessen "Interesse an der exklusiven räumlichen Herrschaft" wird abgelehnt, da eine derartige Begrenzung die Folge nach sich ziehen würde, "dass da, wo das Eigentum aufhört, ein Gemeingebrauch beginnt"[35]. In der endgültigen Fassung sind jedoch vom "Ausschliessungsrecht des Eigentümers" diejenigen Einwirkungen Dritter ausgenommen, "an deren Ausschliessung ... der Grundeigentümer kein Interesse hat" (2. Entwurf § 819, BGB § 905). Begründet wird diese Änderung damit, dass eine Stellungnahme des BGB "durch die Entwicklung des modernen Verkehrs und der modernen Technik geboten sei"[36].

30 Peter, Eigentum S. 80 ff., 88 ff.; zum Eigentumsbegriff des BGB vgl. Soergel-Siebert 4, Vorbemerkung § 903 N. 5 ff.

31 Protokolle III, S. 120.

32 Sontis S. 988 Anm. 22.

33 Windscheid § 167.

34 Das BGB definiert den Begriff des Grundstücks nicht; vgl. Soergel-Siebert 4, Vorbemerkung § 873 N. 1.

35 Motive III, S. 264.

36 Protokolle III, S. 122.

Eingeschränkt wird das Eigentum grundsätzlich entweder durch gesetzliche Regel oder durch Rechte Dritter[37]. Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen bestehen praktisch nur beim Grundeigentum. Das BGB selbst kennt nur privatrechtliche Eigentumsbeschränkungen. Die wesentlich wichtigeren und umfangreicheren öffentlichrechtlichen Beschränkungen werden nur im Einführungsgesetz zum BGB erwähnt. Als privatrechtliche Eigentumsbeschränkungen werden in der Hauptsache die Nachbarrechte verstanden (1. Entwurf §§ 850 ff., 2. Entwurf §§ 820 ff., BGB §§ 906 ff.). Andere privatrechtliche Beschränkungen, namentlich im Bereich des Agrarrechts werden ebenfalls im Einführungsgesetz zum BGB geregelt.

Die Rechte Dritter, die das Eigentum beschränken, sind vor allem die beschränkten dinglichen Rechte, für die im Sinne der Erhaltung eines möglichst unbeschränkten Eigentums ein numerus clausus besteht. Im weiteren können auch obligatorische Rechte Dritter das Eigentum beschränken.

III. Eigentum und soziales Recht

1. Gierkes Eigentumsbegriff

Das Eigentum ist das "dingliche Recht, welches auf die Beherrschung einer Sache im Ganzen gerichtet ist"[38]. Zwar ist das Eigentum das stärkste und vollste Recht, das denkbar ist, aber trotzdem ist "das Sacheigentum ein Recht und nichts als ein Recht"[39]. Wie jedes andere Recht, hat auch das Eigentum "eine ihm immanente Schranke", denn wie jedes andere Recht verleiht es nicht "willkürliche, sondern rechtlich gebundene Macht"[40]. Das Eigentum ist "kein absolutes Recht. Alle im öffentlichen Interesse gesetzten Schranken mit Einschluss der Möglichkeit der Enteignung sind in seinem Begriff angelegt und entstammen seinem innersten Wesen"[41].

Ist das Eigentum ein Recht wie jedes andere auch, kann zwischen ihm und den begrenzten dinglichen Rechten kein Unterordnungsverhältnis bestehen. Sie unterscheiden sich nicht in qualitativer, nur in quantitativer Hinsicht. Das Eigentum ist das Recht, welches das "Sachganze" ergreift, während die begrenzten dinglichen Rechte die Sache nur in einem bestimmten Umfang ergreifen. Sie sind nicht Rechte an

37 Zum Folgenden vgl. Dernburg III, S. 205 ff., 451 ff.

38 Deutsches Privatrecht II, S. 347 f.; zu Gierkes Eigentumsbegriff vgl. jetzt Janssen, Eigentumsbegriff insbes. S. 559 ff.

39 Entwurf S. 45.

40 Soziale Aufgabe S. 15; Deutsches Privatrecht II, S. 364.

41 Soziale Aufgabe S. 16.

fremder Sache, sondern "Eigentumssplitter", und damit ebenso "gute und schutzwürdige Rechte wie das Eigentum selbst"[42].

Eine soziale Privatrechtsordnung wird die begrenzten dinglichen Rechte "nicht einengen oder abschwächen". Im Gegenteil, sie wird versuchen, die "Kluft", die zwischen ihnen und dem Eigentum besteht, zu "überbrücken"[43]. Sie wird aber auch die obligatorischen Rechte an einer Sache den dinglichen Rechten an der gleichen Sache nicht streng nachordnen. Denn die Verteilung der aus dem Eigentum fliessenden Berechtigungen auf mehrere Personen verhindert eine übermächtige Position des allein berechtigten Eigentümers und dient somit der Herstellung einer sozialen Harmonie. Dabei kann es sich nicht darum handeln, das Institut des geteilten Eigentums wieder zu beleben. "Verwandte Gebilde" sind jedoch unentbehrlich, sollen "neue Schichten des Volkes zu eigenem Besitz an Grund und Boden" gelangen[44].

Das Eigentum ist von der Natur der beherrschten Sache abhängig. Zwischen Eigentum an Fahrnis und Grundeigentum besteht ein grundsätzlicher Unterschied, denn "das Grundeigentum ist seinem Inhalt nach von vorneherein beschränkter, als das Eigentum an Fahrnis". Letztlich besteht "alles Sonderrecht am Boden nur mit einem starken Vorbehalt zugunsten der Allgemeinheit"[45]. Das Grundeigentum ist von grosser sozialer Bedeutung, denn Grund und Boden bilden das Staatsgebiet. Ausserdem vermittelt es dem Eigentümer nicht nur den Vermögenswert der beherrschten Sache, sondern es kann für ihn "Wohnstätte" oder sogar "Produktionswerkzeug" sein[46]. Daher manifestiert sich in der Auffassung, "dass ein Stück unseres Planeten einem einzelnen Menschen in derselben Weise eigen sein soll, wie ein Regenschirm, ein kulturfeindlicher Widersinn"[47].

Die Abhängigkeit des Eigentums von der beherrschten Sache ermöglicht auch die rechtlich unterschiedliche Behandlung der Grundstücke, je nach ihrer "natürlichen oder verkehrsmässigen Zweckbestimmung"[48]. Besonderer Berücksichtigung durch die Rechtsordnung bedarf z.B. die Tatsache, dass die "soziale Position" des Berechtigten in sehr verschiedenem Masse vom Grundeigentum abhängig sein kann. Hand in Hand gehen soziale Position und Grundeigentum vor allem in den Fällen, in welchen das Grundeigentum zur "selbständigen wirtschaftlichen Berufserfüllung" unentbehrlich ist, was bei kleinen und mittleren landwirtschaftlichen und gewerblichen Betrieben zutrifft[49]. Die besondere Ausgestaltung des Eigentums an Grundstük-

42 Ebd. S. 20; Deutsches Privatrecht II, S. 366.
43 Soziale Aufgabe S. 20 f.
44 Ebd. S. 21.
45 Ebd. S. 16.
46 24. Juristentag IV, S. 181.
47 Soziale Aufgabe S. 16.
48 Ebd. S. 17.
49 Bodenbesitzverteilung S. 169; ähnlich Heimstättenrecht S. 354.

ken, die zu einem derartigen Betrieb gehören, kann zur Lösung der Probleme, die durch die Überspannung der absoluten Eigentumsfreiheit im Laufe des 19. Jahrhunderts entstanden sind, beitragen.

Nach Gierkes Ansicht ist das Eigentum nicht ein absolutes, sondern ein relatives Recht[50], das je nach der Sache, die dieses Recht ergreift, konkretisiert werden muss. In einer Rechtsordnung, die der sozialen Harmonie dienen soll, kann das Eigentum als absolutes Recht gar nicht existieren. Systematisch gesehen ist das Eigentum in einer sozialen Rechtsordnung ein Individualrecht, das aber zahlreichen sozialrechtlichen Bindungen unterliegt, die sich vom Individualrecht her gesehen als Eigentumsbeschränkungen auswirken.

2. Eigentumsbeschränkungen mit besonderer Bedeutung für eine soziale Rechtsordnung

Es kann sich nicht darum handeln, das freie Grundeigentum aufzuheben. Nur wo die tatsächlichen Verhältnisse Einschränkungen unumgänglich erscheinen lassen, darf das freie Grundeigentum derart eingeengt werden, dass es zu einem gebundenen Eigentum wird[51].

Eine "bedenkliche Entartung der Besitzverhältnisse" macht sich im Agrarwesen durch die "Minderung des mittleren bäuerlichen Besitzes" bemerkbar[52]. Diese beginnt einerseits in "Richtung einer Latifundienbildung", andererseits in die "Richtung einer Pulverisierung" des Bodens auszuarten[53]. Nur durch die Gesundung der bäuerlichen Besitzverhältnisse und die Erhaltung der wirtschaftlichen Konkurrenzfähigkeit aller Betriebe kann den Gefahren, die aus dieser Entwicklung entspringen, begegnet werden und so auch die "Selbsterhaltung der Nation" gesichert werden[54].

Verantwortlich für die disharmonische Entwicklung ist die Ausdehnung der absoluten Eigentumsfreiheit auf die Grundeigentumsverhältnisse im landwirtschaftlichen Bereich. Das Verständnis des Bodens als Ware, die freie Verschuldbarkeit, die freie Teilbarkeit und die Unterstellung der landwirtschaftlichen Betriebe unter gemeines Erbrecht sind nur einige Aspekte dieser Entwicklung, die zwangsläufig zur Polarisierung der Grundeigentumsverhältnisse und somit zur "Selbstzerstörung des Grundeigentums" führen[55]. Es darf kein "Nivellement des Immobiliar- und des

50 Soziale Aufgabe S. 16.
51 Bodenbesitzverteilung S. 173; Heimstättenrecht S. 356; BGB und Erbrecht S. 416.
52 Bodenbesitzverteilung S. 166; BGB und Erbrecht S. 410.
53 Bodenbesitzverteilung S. 166.
54 Ebd. S. 166, 170.
55 Ebd. S. 166; Soziale Aufgabe S. 18.

Mobiliarsachenrechts" geben. Das freie Grundeigentum muss dergestalt sozialrechtlich beschränkt werden, dass die soziale Harmonie wiederhergestellt werden kann. Das Ziel muss die Mehrung und Erhaltung des mittleren und kleinen Grundbesitzes sein[56].

Nach Gierkes Meinung erfordern die tatsächlichen Verhältnisse noch keinen "unmittelbaren gesetzlichen Eingriff" zur Umwandlung des freien bäuerlichen Eigentums in ein gebundenes Eigentum. Vorerst soll versucht werden, mit Hilfe eines "indirekten gesetzlichen Bauernschutzes" die ländlichen Besitzverhältnisse zu regulieren. Erst wenn sich herausstellen sollte, dass dieses Ziel ohne Zwangsmassnahmen nicht erreicht werden kann, hat ein "direkter gesetzlicher Bauernschutz" einzugreifen, dessen Ziel die Erhaltung von wirtschaftlich tragfähigen Betrieben sein muss[57]. Gierke sieht verschiedene indirekte gesetzliche Einflussmöglichkeiten.

Vor allem ist wieder ein gesetzliches Sondererbrecht für mittlere und kleine Bauerngüter, ein Anerbenrecht, einzuführen, welches die Übernahme des geschlossenen Hofes durch einen geeigneten Erben vorsieht. Die Miterben sind durch Renten, die auf dem Ertrags- und nicht auf dem Verkehrswert basieren, abzufinden. Durch eine derartige gesetzliche Regelung wird die Verfügungsfreiheit des Grundeigentümers nicht eingeschränkt, da es ihm unbenommen bleibt, durch geeignete Massnahmen die gesetzliche Erbfolge abzuändern[58].

Als weiteres kommt die Einführung eines Heimstättenrechts in Betracht, welches ebenfalls zum Ziel haben soll, den wirtschaftlichen Bestand von ganzen Betrieben zu gewährleisten. Durch die fakultative Unterstellung unter Heimstättenrecht anerkennt der Grundeigentümer freiwillig eine Verschuldungsbeschränkung. Die Veräusserlichkeit als Ganzes, nicht aber die Teilbarkeit des Hofes bleibt erhalten. Ungenügend erscheint jedoch ein Heimstättenrecht, welches nur die Pfändungsfreiheit für das zur "Fristung des Daseins ... unentbehrliche" Grundeigentum des Schuldners beinhaltet. Notwendig ist die Erhaltung von konkurrenzfähigen Betrieben[59].

Zusätzlich drängt sich eine "öffentliche Organisation des Bodenkredits" auf. Sie soll die private Kapitalverschuldung, die sich drückender und schädlicher auswirkt, als die "Reste der Feudalherrschaft", durch "amortisierbare öffentliche Rentenschulden ersetzen". Um eine dauernde Entschuldung zu garantieren, müsste diese von der Unterstellung des Hofes unter Heimstättenrecht abhängig gemacht werden[60].

Je früher die aufgezeigten Massnahmen getroffen werden, desto besser, denn "je länger gezögert wird, desto schwieriger wird das Werk", desto "grössere Eingriffe in die bestehende Ordnung werden vollzogen werden müssen"[61].

56 Bodenbesitzverteilung S. 170 f.; Brief in Damaschke S. 225.
57 Bodenbesitzverteilung S. 173 f.
58 Ebd. S. 174; Soziale Aufgabe S. 19; BGB und Erbrecht S. 11 ff.
59 Bodenbesitzverteilung S. 175, Heimstättenrecht S. 354 ff., Soziale Aufgabe S. 19–24, Juristentag IV S. 178.
60 Bodenbesitzverteilung S. 176.
61 Ebd. S. 178.

3. Gierkes Kritik am Eigentumsbegriff des BGB

Wie bereits festgestellt, hat im BGB der pandektistische Eigentumsbegriff, welcher der Ansicht Gierkes diametral entgegensteht, Eingang gefunden, was sich in seiner vehementen, grundlegenden Kritik niederschlägt.

Das Eigentum ist als "ausschliessliche und absolute, nur kraft positiver Ausnahme eingeengte Willkürherrschaft" konzipiert, die in der Formulierung des 1. Entwurfs (§ 848) ihren "schroffsten Ausdruck" gefunden hat[62]. "Nur als besonders begründete Ausnahmen" werden Eigentumsbeschränkungen überhaupt zugelassen. In jedem Fall sind sie nur als "Singularitäten" zu verstehen. Dabei zeigen doch die wirklichen Verhältnisse, dass die "ausschliessliche Willkürherrschaft" nichts als eine "Fiktion" ist. Eine Fiktion, die jedoch "gemeingefährlich" ist[63].

Als Grundlagen möglicher Eigentumsbeschränkungen nennt das BGB "gesetzliche Regel und entgegenstehende Rechte Dritter". Es verbannt jedoch "alle im öffentlichen Interesse bestehenden Beschränkungen" des Eigentums, ausser denjenigen, die auf Nachbarrecht fussen, aus dem Privatrecht und damit aus seinem Gesichtskreis[64].

Die begrenzten dinglichen Rechte werden als Rechte an fremder Sache aufgefasst und als solche möglichst eingeengt und abgeschwächt, um dem "erstrebenswerten Ideal, ... der Konzentration aller unmittelbaren Sachherrschaft in der einen und unteilbaren Gewalt des souveränen Individualeigentums", möglichst nahe zu kommen[65].

Bei einer derartigen Auffassung des Eigentums ist die Bestimmung des 1. Entwurfs, "Kauf bricht Miete oder Pacht" nur folgerichtig, denn das dingliche Recht an einer Sache geht dem obligatorischen an der gleichen Sache selbstverständlich vor. "Der gegenteilige Satz ist juristisch nicht zu konstruieren"[66]. Im BGB hat das Miet- und Pachtrecht zwar ein "sozialeres Gepräge" erhalten, aber eine dingliche Sicherung des obligatorischen Rechts ist nach wie vor nicht möglich[67].

Das BGB hält an dem "schändlichen Irrtum" fest, dass das Eigentum von der beherrschten Sache vollkommen unabhängig sei. Zwar unterscheidet das BGB sehr wohl zwischen dem Eigentum an beweglichen und an unbeweglichen Sachen. Indessen es versucht, die "Unterschiede zwischen den Rechten an liegenschaftlichem Gut und an Fahrnis möglichst auf ungleiche äussere Voraussetzungen des Erwerbes und Verlustes zu reduzieren"[68]. Es erkennt nicht, dass "das Grundeigentum zum

62 Entwurf S. 323.
63 Ebd. S. 103, 324; Soziale Aufgabe S. 16.
64 Entwurf S. 103, 325; Soziale Aufgabe S. 17.
65 Soziale Aufgabe S. 20; Reichstag S. 26.
66 Entwurf S. 74. Im BGB ist indessen der Satz in "Kauf bricht nicht Miete" umgewandelt worden.
67 Reichstag S. 42.
68 Entwurf S. 279; Reichstag S. 26.

vorneherein beschränkter ist als das Eigentum an Fahrnis", dass "alles Sonderrecht am Boden nur mit einem starken Vorbehalt zugunsten der Allgemeinheit besteht". Vielmehr bekennt sich der 1. Entwurf zu dem "tollkühnen Satz", dass sich das Grundeigentum "auf dem Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter derselben" ohne jede Einschränkung erstreckt, was angesichts der wirklichen Verhältnisse einer "Absurdität" gleichkommt[69].

Weil im BGB schon die Bedeutung einer unterschiedlichen rechtlichen Behandlung von Grundstücken und Fahrnis nicht erkannt wird, kann natürlich auch diejenige einer unterschiedlichen Behandlung von Grundstücken mit verschiedener Zweckbestimmung nicht berücksichtigt werden. "Die ländlichen Verhältnisse scheinen" kaum Beachtung zu verdienen[70]. So ist das Gesetzbuch denn auch nicht in der Lage, "die Fundamente eines gesunden deutschen Agrarrechts zu legen"[71]. Wenn überhaupt Formen sozialrechtlich gebundenen Eigentums vorkommen, finden sie höchstens im Einführungsgesetz zum BGB als Vorbehalte zugunsten des Landesrechts ihren Niederschlag. Die Grundeigentumsordnung des BGB ist daher "überhaupt nur dann denkbar, wenn sie durch ein kräftiges Landesrecht ergänzt wird"[72].

Das BGB selbst gelangt so zu einer "Konstruktion des Grundeigentums", die über kurz oder lang "die Abschaffung des Privateigentums an Grund und Boden" zur Folge haben muss[73].

69 Entwurf S. 101, 323.
70 Ebd. S. 77, 97.
71 Reichstag S. 26.
72 Ebd.
73 Entwurf S. 76, 280; Brief in Damaschke S. 225.

8. Kapitel: Gierke und das ZGB

I. Einleitung

Häufig wird die Ansicht vertreten, Gierke habe über seine Verbindung mit Eugen Huber auf das ZGB in grösserem Masse eingewirkt als auf das BGB[1]. Daher ist es interessant, sich abschliessend mit Gierkes Haltung zum ZGB zu beschäftigen.

In einer Ausgabe des Schweizerischen Zivilgesetzbuches von 1909 steht in dem von W. Stuber verfassten Vorwort[2]: "Das neue Schweizerische Zivilgesetzbuch fand überall in der Wissenschaft begeisterte Aufnahme. Grosse ausländische Rechtsgelehrte bringen ihm Lobsprüche dar; von deutschen Rechtsgelehrten seien bloss Laband, Gierke, Menger, Kohler und Rümelin genannt"[3].

Gedruckte Äusserungen zum ZGB liegen von Laband[4], Menger[5], Kohler[6] und Rümelin[7] tatsächlich vor. Hingegen ist eine umfassende Stellungnahme von Gierke nicht zu finden[8]. Als aufschlussreich hat sich indessen die Korrespondenz Gierkes mit Eugen Huber erwiesen[9], die jedoch der Autor des zitierten Satzes kaum gekannt haben kann.

II. Briefwechsel Gierkes mit Eugen Huber

Bei der Korrespondenz handelt es sich um 36 Briefe und etliche Postkarten. Der Briefwechsel beginnt im Jahr 1884 und setzt sich bis zu Gierkes Tod fort. Gierke äussert sich in einigen dieser Briefe zu den verschiedenen Teilentwürfen, zu den

1 Peter, Einfluss S. 332; Wolf S. 707; Caroni, Menger S. 303 Anm 159; ders., Demokratisches Privatrecht S. 45 f.

2 Schweizerisches Zivilgesetzbuch, herausgegeben, eingeleitet und mit einem Sachregister versehen von Walther Stuber, Reclam Verlag, Leipzig 1909.

3 Weitere zeitgenössische Stellungnahmen zum ZGB vgl. Weyl insbes. S. 27 Anm. 7; Gmür S. 11 Anm. 1.

4 Laband, Die Kodifikation des bürgerlichen Rechts der Schweiz; ders., Das schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.

5 Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 3. Aufl. 1904; vgl. dazu Caroni, Menger ed il CCS del 1907; ders., Das "Demokratische Privatrecht" des ZGB.

6 Kohler, Eugen Huber und das Schweizerische Zivilgesetzbuch.

7 Rümelin, Der Vorentwurf zu einem Schweizerischen Civilgesetzbuch; ders., Das neue Schweizer Zivilgesetzbuch und seine Bedeutung für uns; ders., Eugen Huber.

8 Gedruckte Stellungsnahmen Gierkes: Rezension von Max Schwabe, Die Körperschaft mit und ohne Persönlichkeit und ihr Verhältnis zur Gesellschaft; ausserdem zahlreiche Fussnoten im 2. Band seines Deutschen Privatrechts, Sachenrecht.

9 Briefe Gierkes an Huber, Nachlass Eugen Huber.

beiden Vorentwürfen und zum ZGB. Ausserdem finden sich darin auch Stellungnahmen und Erläuterungen Gierkes zu unterschiedlichen rechtshistorischen, rechtspolitischen und dogmatischen Schriften, die Huber in diesem Zeitraum verfasst hat.

Seine "ungeteilte Bewunderung" spricht Gierke Huber zu dessen Werk "System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts" aus[10]. "Vor allem fesselt an Ihrem Buche der echte historische Sinn, mit dem Sie ... die Rechtsentwicklung gleichzeitig aus der geistigen und der materiellen Bewegung herleiten und so in der Tat, wie dies doch die Aufgabe der Rechtsgeschichte ist, das *Werden*[11] des Rechtes anschaulich und verständlich machen". Er stellt fest, dass er kein Buch kennt, "das in demselben Sinn wie das Ihrige eine wirkliche Privatrechtsgeschichte bis zur Gegenwart gäbe". Darum wünscht er sich, dass Huber eine Darstellung wie er sie für die schweizerische Privatrechtsgeschichte verfasst hat, "einmal für das ganze deutsche Rechtsgebiet" erstellen sollte, was ihm als "eine unvergleichliche Leistung" erscheinen würde.

Über Gierkes zustimmende Stellungnahme zu Hubers Besprechung des 1. Bandes "Deutsches Privatrecht" wurde vorne schon berichtet[12].

Von Bedeutung sind im weiteren Gierkes Ausführungen zu einem Aufsatz Hubers "Über soziale Gesinnung"[13]. Huber geht darin, wie auch Gierke, von der grundlegenden Erkenntnis aus, dass der Mensch ein geselliges Wesen ist. Daraus ergibt sich die Tatsache, dass menschliches Leben sich zugleich in einer individuellen und in einer kollektiven Sphäre abspielt. Das Verhältnis des Individuums zur Kollektivität, die Abgrenzung der beiden Bereiche bezeichnet er als "sozialen" Bereich[14]. Gierke fasst jedoch den Begriff sozial etwas anders auf, nämlich "nicht bloss im Sinne der Abgrenzung von Individualbereich und Gemeinheitsbereich, sondern im Sinne ihrer Verbindung und gegenseitigen Ergänzung". Übereinstimmung stellt er jedoch insoweit fest, "als auch für mich soziale Gesinnung nicht nur zu rein individualistischer, sondern auch zu rein kollektivistischer (staatsabsolutistischer) Gesinnung im Gegensatz steht"[15].

10 Brief vom 10. Mai 1893; gemeint ist darin wohl der gerade erschienene 4. Band des Werkes.
11 Hervorhebung von Gierke.
12 Siehe vorn S. 32 bei Anm. 3.
13 Politisches JB der schweizerischen Eidgenossenschaft 26 (1912) S. 65-133.
14 Huber, Soziale Gesinnung S. 83 ff.
15 Brief vom 22. Oktober 1912.

III. Äusserungen zum ZGB

1. Allgemein

Gierke bestärkt Huber in seinem Entschluss, in die Schweiz zurückzukehren um dort eine Professur in Bern anzunehmen und gleichzeitig eine Zivilrechtskodifikation zu verfassen. Er bedauert zwar, dass Huber dadurch keine Zeit für rechtshistorische Forschung mehr haben wird, aber er ist der Ansicht, dass die Arbeit für das Recht der Gegenwart vorgehen muss[16].

Hubers praktisches Vorgehen bei der Gesetzgebungsarbeit scheint Gierke richtig zu sein. Auch er ist der Auffassung, dass die "Veröffentlichung von Teilentwürfen" zweckmässig wäre. Allzugrosse Schwierigkeiten, trotzdem eine einheitliche Privatrechtskodifikation herzustellen, sieht er nicht[17].

Die drei Teilentwürfe, die Vorentwürfe, sowie die endgültige Fassung des ZGB werden von Gierke fast durchwegs mit Begeisterung begrüsst. Unangenehm berührt ihn höchstens der Vergleich mit dem BGB[18]. Nach seiner Ansicht hat Huber im ZGB mit "schöpferischem Geist"[19] ein "wahrhaft volkstümliches, germanisches und soziales Recht" geschaffen, in dem der "Gemeinschaftsgeist alle Bestimmungen durchweht"[20]. Auch die sprachliche Fassung des ZGB entspricht Gierkes Vorstellungen. Im ZGB wird mit "klaren, einfachen und entwicklungsfähigen Rechtssätzen jede formelhafte Starrheit vermieden"[21].

Das ZGB ist eine Privatrechtskodifikation, die zugleich auf moderner und nationaler Grundlage beruht. Deren Autor, Eugen Huber, hat damit nicht nur der Schweiz, sondern der ganzen Kulturwelt einen unvergänglichen Dienst geleistet[22].

2. Die einzelnen Abschnitte

Zum Körperschaftsrecht des ZGB äussert sich Gierke in seinen Briefen an Huber nicht. Eine Stellungnahme findet sich in seiner Rezension[23]. Mit der Gestaltung des Rechts der juristischen Person im Ganzen ist er sehr zufrieden. Die Regeln über die Entstehung der Körperschaften können ihn jedoch nicht vollumfänglich zufrieden-

16 Brief vom 28. Juni 1892.
17 Brief vom 28. Mai 1893.
18 Brief vom 3. August 1896.
19 Brief vom 27. Dezember 1902.
20 Brief vom 3. August 1896.
21 Brief vom 9. August 1894; Brief vom 3. August 1896.
22 Brief vom 27. Dezember 1902; Brief vom 10. Juli 1919.
23 Rezension, Max Schwabe S. 615 ff.

stellen. Zwar billigt er selbstverständlich "die Bestimmung, nach der Vereine für ideale Zwecke unmittelbar durch eigene Willensäusserung auf Grund der Annahme gehöriger schriftlicher Vereinsstatuten die Persönlichkeit erlangen sollen". Er hätte jedoch ein System der vollständigen Körperschaftsfreiheit vorgezogen, in dem jeder Verein, unabhängig von seiner Zwecksetzung, somit auch Vereine, die einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen, nur durch die Annahme der Statuten als juristische Person am Rechtsleben teilnehmen könnte[24].

Das Familienrecht macht einen überwiegend günstigen Eindruck auf Gierke. Seinen Beifall findet vor allem die Tatsache, dass Huber "vom Gedanken der ehelichen Gemeinschaft ausgeht und ihm in einigen Punkten auch gebührende Geltung verschafft"[25]. Hingegen geht ihm die personenrechtliche Gleichstellung von Mann und Frau zu weit[26]. In vermögensrechtlicher Hinsicht hätte er statt der Güterverbindung die Gütergemeinschaft als gesetzlichen Güterstand vorgesehen[27]. Für ausgesprochen glücklich hält er die Regelung der vertraglichen Güterstände[28]. Die Bestimmungen über das eheliche Erbrecht würde er sogar in Deutschland zur "unmittelbaren Einführung vorschlagen"[29]. Selbstverständlich begrüsst er die Normierung des Familieneigentums, der Gemeinderschaften und der Heimstätten[30].

Zum Sachenrecht des ZGB äussert sich Gierke Huber gegenüber nicht im einzelnen; er versichert ihm jedoch, dass er es bei der Überarbeitung des 2. Bandes seines Deutschen Privatrechts, dem Sachenrecht, "eifrig benutzen" will[31], was sich denn auch in zahlreichen, meistens den Regelungen des ZGB zustimmenden Fussnoten äussert[32].

Am revidierten OR missfällt Gierke vor allem der Name[33]. Im übrigen beeindruckt ihn aber der "erste gesetzgeberische Versuch, die Wertpapiere im Ganzen als ein eigenes Rechtsinstitut zu regeln", was im BGB zu seinem Bedauern unterlassen wurde[34].

24 Ebd. S. 617; vgl. dazu Hedemann I, S. 48.
25 Brief vom 9. August 1894, 4. Seite.
26 Brief vom 9. August 1894, 5. und 6. Seite.
27 Brief vom 9. August 1894, 6. Seite.
28 Brief vom 9. August 1894, 7. Seite.
29 Brief vom 9. August 1894, 7. Seite.
30 Brief vom 3. August 1896.
31 Brief vom 27. Dezember 1902.
32 Fussnoten im 2. Bd. Deutsches Privatrecht, in welchen der Vorentwurf des ZGB zitiert wird: 40/5 (die Zahl vor dem Schrägstrich bedeutet die Seite, diejenige dahinter die Anmerkung), 72/6,8,9, 73/11, 76/25, 212/8, 217/29, 218/32, 219/37, 223/59, 226/75, 227/2, 233/19, 236/29, 249/11, 253/29,31, 254/35, 258/51, 260/63, 261/66, 262/77, 264/85, 265/87, 266/89, 288/96, 327/104, 334/135, 393/1, 394/3,5, 426/30, 443/115, 542/89, 562/44, 563/53, 564/59, 578/8, 579/14, 583/15, 585/27, 586/33, 641/6, 702/8, 726/35,39,40, 769/13, 799/12, 838/59, 841/15, 850/52, 899/6, 902/24, 921/10, 936/5, 996/124, 997/128, 1007/1.
33 Brief vom 2. August 1912.
34 Brief vom 29. März 1905.

3. Zusammenfassung

Die durchwegs positive Beurteilung des ZGB durch Gierke lässt sich in sehr deutlicher Weise aus seinem offiziellen Dankesschreiben an die juristische Fakultät der Universität Bern für deren Glückwünsche zu seinem Doktorjubiläum ersehen. Darin schreibt er: "... ihr gehört der Mann an, dem es vergönnt war, das Ziel zu erreichen, das mir für den Juristen stets als das höchste erschienen ist; die Schaffung eines volkstümlichen Gesetzbuches, echt germanischer und sozialer Prägung. Mit Stolz nenne ich ihn meinen Freund, mit noch grösserem Stolz erblicke ich in ihm einen Geistes- und Gesinnungsgenossen"[35].

Nach diesen, dem Briefwechsel zu entnehmenden Angaben steht zwar fest, dass Gierke den Gang der Kodifikation des ZGB mit regem Interesse verfolgt hat. Seine direkte Einflussnahme auf die Gesetzgebungsarbeit kann indessen nicht belegt werden.

35 Brief von Ende August 1910.

Schlussbemerkung

"Er dachte geschichtlich. Aber er gehörte nicht zu den rückwärts gewandten Geistern, denen die Gegenwart nur das Gewordene ist. Er blickte vorwärts, ihm war die Gegenwart vor allem das Werdende, er hatte das volle Gefühl für die geschichtliche Gestaltungskraft der eigenen Tat"[1].

Als Vertreter der historischen Rechtsschule muss Gierke die Gegenwart als geschichtlich Gewordene verstehen. Seine Charakterisierung des Freiherrn vom Stein widerspiegelt sein eigenes, differenziertes Verständnis von Geschichte und Realität. Er ist sich bewusst, dass die Wirklichkeit niemals von den historischen Gegebenheiten vollkommen losgelöst gesehen werden kann. Aber nicht die historische Erfahrung allein darf als Massstab für das menschliche Handeln herangezogen werden. Denn jede menschliche Tat wirkt sich auf die Gestaltung der Gegenwart und der Zukunft aus, die nicht nur die Wiederholung der Vergangenheit sind. Menschliches Handeln muss sich daher an der Realität orientieren; die historische Erfahrung ist nur eine weitere Dimension, um diese zu bestimmen.

Im Bereich des Rechts fordern die realen Verhältnisse eine soziale Rechtsordnung. Grundlegend ist für Gierkes Theorie des sozialen Rechts seine Erkenntnis, dass Bedingung des Fortschritts einerseits die Sonderung, andererseits die Harmonie der verschiedenen gesellschaftlichen Funktionen ist. Das Recht ist eine von mehreren dieser sozialen Funktionen. Ein soziales Recht ermöglicht den Fortschritt, weil es sowohl die Sonderstellung des Rechts gegenüber den anderen Funktionen wahrt als auch eine Harmonie mit ihnen herstellt.

Gierke anerkennt somit durchaus die Bedeutung des rechtswissenschaftlichen Positivismus, der das Verständnis des Rechts als selbständige Funktion menschlichen Gemeinlebens überhaupt erst deutlich zu machen vermochte[2]. Aber der Positivismus ist bei der Verselbständigung stehen geblieben, was letztlich zu einer gefährlichen Isolierung des Rechts von der Wirklichkeit führen musste. Gierke hat diese Gefahr erkannt, die nach seiner Meinung das Ende der Kulturentwicklung überhaupt bedeuten könnte, wenn es nicht gelingt, die künstliche Isolierung zu beseitigen, also zwischen dem Recht und den anderen sozialen Funktionen eine Harmonie herzustellen. Mit seiner Theorie des sozialen Rechts versucht er die Beziehungen zwischen dem Recht und der gesellschaftlichen Wirklichkeit wiederzufinden.

Das Sozialrecht als systematischer Exponent einer sozialen Rechtsordnung führt auch über das Pandektensystem hinaus. Gierke selbst braucht zwar das Pandektensystem, weil er die Systematisierung als wesentliche Voraussetzung der Rechtswissenschaft erkennt und weil es ihm für die Darstellung des Individualrechts genau so gut

1 Gierke über den Freiherrn vom Stein, Steinsche Städteordnung S. 9.
2 Siehe vorn S. 7 bei Anm. 58.

verwendbar erscheint, wie irgend ein anderes System. Hingegen findet das Sozialrecht im Pandektensystem als reinem Individualrechtssystem keinen Platz. Gierke versucht, das Pandektensystem so zu modifizieren, dass es auch als System für eine soziale Privatrechtsordnung ausreicht.

Zwar sind verschiedene Aspekte an Gierkes Werk durchaus zeitgebunden. Von bleibendem Wert ist jedoch seine Erkenntnis, dass das Recht als Bestandteil der gesellschaftlichen Wirklichkeit aufgefasst werden muss, und daher die gesellschaftliche Realität und die Rechtsordnung in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen. Ein Versuch, dieser Erkenntnis gerecht zu werden, ist seine Theorie des sozialen Rechts, die auch heute noch Beachtung verdient, denn das Problem der wechselseitigen Beeinflussung von Rechtsordnung und Realität hat nichts von seiner Bedeutung eingebüsst.